

M. Jonker

Arnhem

Arnhem, 29 oktober 2019

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

Onderwerp: motivering hoger beroep inzake weigering handhaving door AP ten aanzien van privacy-schendingen met OV-chipkaart door NS

Uw kenmerk: 201907478/1/A3 kenmerken rechtbank: ARN 19/546 en ARN 19/1487

Edelachtbare heer, vrouwe,

Op 5 september 2019 heeft de Rechtbank Gelderland uitspraak gedaan op een door mij ingesteld beroep tegen de afwijzing van twee handhavingsverzoeken door de AP. De uitspraak is gepubliceerd met nummer: ECLI:NL:RBGEL:2019:4014. Op 9 oktober 2019 heb ik hiertegen pro forma hoger beroep ingediend. Bij dezen wil ik dat hoger beroep motiveren.

Inhoudsopgave

	Pag.	
1	Inleiding: samenvatting en maatschappelijke implicaties	
1.1	Beschrijving van de casus	2
1.2	De redenering van de rechtbank - materieel (inhoudelijk)	4
1.3	De redenering van de rechtbank - procedureel (toetsingsmethodiek)	5
1.4	Bewustzijn en onafhankelijkheid als voorwaarden voor privacy-bescherming	6
1.5	De privacy- en klimaatcrises zijn ook een crisis van de rechtsstaat	9
1.6	Privacy is geen obstakel, maar hulpmiddel en concurrentievoordeel	11
1.7	Function creep, robotisering en normalisering van ontkenning menselijkheid	11
2	Procesverloop	21
3	Overzicht van argumentatie voorafgaand aan dit tweede hoger beroep	33
4	Nadere toelichting beroepsgronden	
4.1	Het negeren van argumenten door de rechtbank - rechteloze zone	47
4.2	Toetsing moet wel degelijk ook aan de AVG	49
4.3	EU-verordening t.a.v. GTBV: verkeerde weergave van mijn opvatting	51
4.4	Weigering rechtbank om serieus en onbevooroordeeld te toetsen	52
4.5	Noodzakelijkheid - is niet hetzelfde als ambitie	54
4.6	Contract voor privacy-inbreuk biedt alleen onder voorwaarden een rechtsgrond	65
4.7	Subsidiariteit - is niet hetzelfde als "het alleen zó willen"	77
4.8	Proportionaliteit - is niet hetzelfde als "waarborgen" of "een gedragscode"	88
4.9	Function creep - versus doelbinding en privacy-by-design	99
4.10	Toekomstplannen (NL en EU) - waarom andere regelgeving niet genoeg is	103
5	Conclusie en verzoek aan de Afdeling Bestuursrechtspraak	116

1 Inleiding, samenvatting en maatschappelijke implicaties

1.1 Beschrijving van de casus

Op 9 juli 2014 beëindigde NS de mogelijkheid om papieren treinkaartjes te kopen als vervoerbewijs tegen het standaardreistarief. Vanaf dat moment werden reizigers, onder wie ik, onder druk gezet gebruik te maken van een persoonsgebonden OV-chipkaart. Als ik gebruik maak van een "eenmalige chipkaart", betaal ik een hogere prijs voor de reis dan het reguliere tarief. Als ik, omwille van behoud van privacy, gebruik maak van een "anonieme OV-chipkaart", moet ik in de voordeeluren een hogere prijs betalen dan reizigers die berusten in het verlies van hun privacy.

Al op 17 juni 2014 deed ik een verzoek om "hulp", gericht aan de Autoriteit Persoonsgegevens (AP). Toen na meer dan een half jaar bleek dat de AP dat verzoek ten onrechte niet had opgevat als een handhavingsverzoek, maar alleen als een "signaal" waar de AP niets mee hoefde te doen, diende ik op 21 februari 2015 opnieuw een handhavingsverzoek in, nu zeer expliciet.

Dit handhavingsverzoek had betrekking op de manier waarop ik door Nederlandse Spoorwegen (NS) sinds 9 juli 2014 word gediscrimineerd als ik, ten behoeve van het behoud van mijn privacy, mijn "anonieme OV-chipkaart" gebruik als vervoerbewijs bij het maken van treinreizen. Het betrof primair twee vormen van discriminatie:

- (1) **VDU.** In de voordeeluren moet ik **met mijn "anonieme OV-chipkaart" een hogere prijs** voor mijn treinreis betalen, omdat NS houders van voordeelurenabonnementen (zoals ik) hun voordeelurenkorting ontnemt als zij met een "anonieme OV-chipkaart" reizen. Op deze manier zet NS mij met financiële, discriminatoire middelen onder druk om mijn privacy af te staan. Ik had al meer dan twintig jaar een NS-voordeelurenabonnement;
- (2) **GTBV.** Als ik na een vertraagde treinreis een beroep wil doen op de regeling "Geld Terug Bij Vertraging" (GTBV), dan is NS alleen bereid deze vergoeding aan mij te betalen wanneer ik mijn "**anonieme OV-chipkaart" de-anonimiseer** door het daarop afgedrukte pasnummer in te vullen op een (al dan niet elektronisch) aanvraagformulier voor GTBV. Het effect is dat ik geen GTBV meer ontvang als ik kies om met privacy (dus: anoniem) te blijven reizen.

In mijn handhavingsverzoek gaf ik aan dat ik geen bezwaar heb tegen de verwerking (het verzamelen en opslaan in een database) van mijn NAW-gegevens als abonneementhouder, maar wel bezwaar heb tegen de verwerking van mijn persoonlijke reisgegevens (op welke plaatsen, routes en tijdstippen ik gebruik maak van het openbaar vervoer) - omdat daarmee mijn persoonlijke reisbewegingen, die deel uitmaken van mijn privé-leven, geregistreerd worden. Dat is niet nodig voor het uitvoeren van reizigersvervoer, en tot 9 juli 2014 was dat ook nooit gebeurd.

Nadat de rechtbank bij uitspraak van 16 augustus 2016 de AP verplicht had om naar aanleiding van mijn handhavingsverzoek een uitgebreider onderzoek te verrichten, verzocht ik de AP bij brief van 24 november 2016 om in dat onderzoek ook het volgende feit te betrekken:

- (3) In het najaar van 2016 was mij gebleken dat er op elke "anonieme OV-chipkaart" twee **unieke pasnummers** zijn aangebracht, waarvan er in ieder geval één wordt uitgelezen elke keer dat de kaart wordt gescand bij een controle. Op die manier is de "anonieme OV-chipkaart" niet werkelijk anoniem, want de unieke pasnummers zijn herleidbaar tot een persoon, indien deze persoon op enig moment d.m.v een pinbetaling betaalt, of indien er profilering plaatsvindt op basis van het reispatroon van de zogenaamd "anonieme" kaart.

De AP besloot, tegen mijn wens, om mijn brief van 24 november 2016 op te vatten als een separaat handhavingsverzoek, waardoor zij de unieke pasnummers op de "anonieme OV-chipkaart" niet zou hoeven betrekken bij het door de rechtbank opgedragen, uitgebreide onderzoek. Er liepen nu dus twee separate handhavingsprocedures, met in totaal drie onderdelen.

De AP wees mijn handhavingsverzoek, dan wel beide handhavingsverzoeken af, waarna ik de rechtbank vroeg om de twee zaken alsnog gevoegd te behandelen, omdat het in feite één zaak betrof. De rechtbank voldeed aan dat verzoek. In zijn uitspraak van 5 september 2019 stelde de rechtbank de AP op alle drie onderdelen in het gelijk: de AP hoeft van de rechtbank op geen enkel punt te handhaven.

Dit betekent dat als de uitspraak van de rechtbank in stand blijft, daarmee de privacy van Nederlandse OV-reizigers is afgeschaft. Alle persoonlijke reisbewegingen van alle OV-reizigers kunnen dan gevolgd en geregistreerd worden, zonder hun toestemming en zonder dat zij zelf nog enige reële controle hebben op wat er daadwerkelijk met die gegevens gebeurt.

Als ik bijvoorbeeld geld terug zou willen vragen na een vertraging (GTBV), dan ben ik bereid om NS op de hoogte te stellen om welke specifieke reis het bij die vertraging gaat. Of als ik daar niet toe bereid ben, dan kan ik in vrijheid kiezen om voor die reis juist geen GTBV terug te vragen, omwille van het behoud van mijn privacy. Door de nieuwe, geautomatiseerde verwerking van de gegevens over al mijn persoonlijke reisbewegingen, maakt NS sinds 9 juli 2014 dat laatste onmogelijk.

In de periode 2014-2016 hield NS vol dat ik wel degelijk mijn privacy behield door middel van mijn "anonieme OV-chipkaart", en dat mijn handhavingsverzoek daarom geen reële grond had. Toen dit na mijn brief van 24 november 2016 niet meer viel vol te houden, viel NS terug op een ander argument, namelijk dat ik überhaupt geen recht meer zou hebben op privacy in het OV, omdat ik een "overeenkomst" ("contract") met NS zou zijn aangegaan door een vervoerbewijs aan te schaffen. Dat "contract" zou blijken uit de eenzijdig door NS opgestelde algemene voorwaarden. Omdat ik van het OV afhankelijk ben, en NS een monopoliepositie heeft, kan ik mij in de praktijk niet onttrekken aan deze dwang, verpakt in het formele jasje van een "contract".

De AP heeft steeds de redeneringen van NS gevolgd, en op die gronden mijn handhavingsverzoek afgewezen. Het "contract" levert volgens de AP een wettelijke grondslag op voor de door mij niet gewenste inbreuk op mijn privacy (artikel 8 onder b Wbp; artikel 6 lid 1 onder b AVG). Vervolgens heeft de rechtbank die redenering ook gevolgd.

Dit hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank gaat dus over een belangrijke zaak: hebben reizigers in het openbaar vervoer het recht gevrijwaard te blijven van het structureel bespieden en registreren van al hun privé-reizen door de OV-bedrijven? Of kan hun dit grondrecht naar willekeur worden ontnomen door NS, via een wijziging van de algemene voorwaarden die NS eenzijdig opstelt en die dan geïnterpreteerd worden als een "contract" in de zin van de Wbp of AVG?

Let wel: het gaat hierbij om geautomatiseerde, grootschalige bespieding en registratie van al mijn reisbewegingen en die van alle andere OV-reizigers, zonder beantwoording van de vraag of daarvoor in specifieke gevallen een concrete, objectieerbare noodzaak bestaat.

1.2 De redenering van de rechtbank - materieel (inhoudelijk)

De kern van de redenering van de AP en de rechtbank kan worden samengevat in een enkele zin:

NS **wil** het, dus is het nodig, en dus is het toegestaan op grond van de Wbp.

Deze redenering is verpakt in een juridisch jasje dat in de kern bestaat uit vier ingrediënten:

- (a) NS heeft bepaalde **ambities**, in de vorm van bepaalde **algemeen geformuleerde doelen** die worden nagestreefd (bijv. "optimalisering van het vervoer" of "fraudepreventie" - in de loop der procedures heeft NS verschillende algemeen geformuleerde doelen aangevoerd), dus is er een noodzaak om de persoonsgegevens te verzamelen.
- (b) NS heeft een "**contract**" opgelegd en OV-reizigers kunnen daar in de praktijk niet omheen, dus is er een wettelijke grondslag voor de verwerking van de persoonsgegevens.
- (c) NS wil de genoemde doelen en ambities **op een bepaalde manier** nastreven (namelijk met het OV-chipkaart-systeem), dus zijn andere manieren niet mogelijk, dus moeten mijn suggesties voor alternatieven meteen worden verworpen en is er voldaan aan het subsidiariteitsbeginsel (het vereiste dat als een doel ook met een minder grote inbreuk op de privacy kan worden bereikt, er voor de privacy-vriendelijkste aanpak wordt gekozen).
- (d) NS zegt dat zij en haar opdrachtnemers (TLS en de onderaannemers van TLS) de persoonlijke reisgegevens veilig bewaren en ze niet zomaar aan derden geven, en hebben dat ook **in algemene termen op papier gezet**, dus moet iedereen erop vertrouwen dat dat ook zo is en feitelijk zo gebeurt, dus lopen reizigers weinig risico, dus hebben reizigers weinig belang bij het achterwege laten van de gegevensverwerking, en dus is er voldaan aan het proportionaliteitsbeginsel.

Over deze redenering, in zijn verschillende geledingen, vallen twee dingen te zeggen:

(1) Als feitelijkheid en redelijkheid het uitgangspunt zouden zijn, dan zou deze redenering falen op alle punten die ik heb aangegeven met het onderstreepte woordje "dus". Als niet feitelijkheid en redelijkheid, maar de wensen van een constellatie van machtige partijen het werkelijke richtsnoer zijn voor het denken van de rechtbank en de AP, dan wordt het anders. Want dan gaat het in feite niet om een "redenering", maar om een retorisch en juridisch verpakt **machtswoord**.

(2) Als deze redenering / dit machtswoord wordt geaccepteerd, is het een vrijbrief voor **willekeur** van organisaties bij het verzamelen van persoonsgegevens. Die organisaties hoeven dan alleen maar een ambitie te hebben, een manier van machtsuitoefening te vinden om burgers feitelijk te dwingen hun persoonsgegevens voor die ambitie af te staan, en drie dingen vast te leggen op papier: de ambitie als nobel doel, een quasi-"contract" en wat geruststellende opmerkingen.

De keuze waarvoor uw Afdeling nu staat, is in essentie: kiest u ervoor feitelijkheid en redelijkheid als richtsnoer te nemen, of een verkapt machtswoord van de partijen (overheden en bedrijven) die samen hebben besloten dat zij de privacy van OV-reizigers willen binnendringen en afschaffen?

1.3 De redenering van de rechtbank - procedureel (toetsingsmethodiek)

In zijn uitspraak d.d. 5 september 2019 geeft de rechtbank zelf aan het bestreden besluit van de AP (d.w.z. de afwijzing van mijn handhavingsverzoek) "minder indringend" te hebben getoetst. In deze inleiding wil ik daarover het volgende naar voren brengen:

(1) Waar het gaat om handhaving ter preventie of beëindiging van de mogelijke schending van een mensenrecht (het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, oftewel: privacy), betekent een "minder indringende" toetsing door de rechtbank dat er méér ruimte is voor de toezichthouder om te weigeren handhavend op te treden, en daardoor méér ruimte voor de organisatie die het mensenrecht schendt, om daarmee door te gaan.

(2) Mensenrechten worden echter beschermd door internationale verdragen (zoals het EVRM) en Europese regelgeving (Unierecht; zoals de AVG), waarbij een materiële wets- en rechtsopvatting het uitgangspunt is. Die wets- en rechtsopvatting vereist dat grondrechten materieel, d.w.z. effectief en daadwerkelijk worden beschermd, niet slechts formeel. Daarom is in deze zaak wel degelijk een toetsing vereist die voldoende indringend is om duidelijkheid te verschaffen of mijn privacy zonder noodzaak wordt aangetast, in materiële zin. De toetsing van de rechtbank is niet voldoende indringend, omdat die toetsing niet meer behelst dan een toetsing of er op papier is voldaan aan enkele formele criteria zoals die door NS en de AP worden geformuleerd.

Alle door mij aangevoerde redenen waarom er sprake is van een ontoelaatbare privacy-schending, worden door de rechtbank in zijn uitspraak simpelweg terzijde geschoven, terwijl de rechtbank de beweringen van de AP simpelweg overneemt. Dat is geen rechtspraak. Het is niet meer dan een goedkeurend stempel ("*rubber stamp*") op een overheidsbesluit, zoals we ook vaak zien in autoritair geregeerde landen zonder onafhankelijke rechterlijke macht.

(3) In de AVG (artikel 5 lid 2) is een plicht voor de verwerkingsverantwoordelijke (in dit geval: NS) opgenomen om de noodzaak van de gegevensverwerking voor een gerechtvaardigd doel aan te tonen. De bewijslast ligt dus bij NS. Het aantonen van een noodzaak in materiële zin, betekent dat er in de omstandigheden van het concrete geval moet worden aangetoond dat er een concrete, specifieke, objectiveerbare noodzaak is voor de gegevensverwerking in relatie tot zo'n doel.

(4) Wanneer de AP als nationale toezichthouder niet van NS verlangt dat deze als verantwoordelijke zo'n noodzaak in materiële zin aantoont, maar genoegen neemt met algemene beweringen van NS op dat punt, dan handelt de AP in strijd met de eisen die het EVRM en de AVG in materiële zin aan de toezichthouder stellen.

(5) Wanneer de rechtbank weigert om ("indringend") te toetsen of de AP voldoet aan de eisen die het EVRM en de AVG in materiële zin aan de toezichthouder stellen, dan voldoet de rechtbank daarmee niet aan de eisen die het EVRM en de AVG stellen aan de rechterlijke beoordelingsmethode. Een eventueel beroep van de rechtbank op het Nederlandse beginsel van "marginale toetsing" maakt dat niet anders. Voor zover Nederlandse "marginale toetsing" strijd oplevert met het EVRM of de AVG, moeten het EVRM en de AVG prioriteit krijgen. De rechter is in dat geval verplicht indringender te toetsen dan in het Nederlandse bestuursrecht gebruikelijk is, om zo de Nederlandse rechtsbescherming op het Europeesrechtelijk vereiste niveau te brengen.

1.4 Bewustzijn en onafhankelijkheid als voorwaarden voor privacy-bescherming

Opkomst en uitholling van de democratische rechtsstaat

Het bewustzijn van het belang van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht (*trias politica*; Montesquieu) vormt sinds de tweede helft van de achttiende eeuw de basis voor de sindsdien opgekomen democratische rechtsstaten - eerst in Europa en Amerika, later ook in andere delen van de wereld. Alleen een onafhankelijke rechterlijke macht kan, aan de hand van democratisch tot stand gekomen wetten, burgers beschermen tegen willekeur van de heersende machthebbers. In de tijd van Montesquieu waren dat meestal nog absolutistische of "verlicht-despotische" vorsten, later werden dat regeringen op constitutionele basis, die zich echter in belangrijke mate lieten en laten aansturen door goed-gefinancierde en vernetwerkte lobby-groepen. Soms vond er een terugval plaats naar autoritaire regeringsvormen, bijvoorbeeld de opkomst van fascistische regimes in Europa in het interbellum (in de aanloop naar de Tweede Wereldoorlog).

Momenteel is er in Nederland en elders opnieuw sprake van zo'n terugval. Die komt voor een deel tot uiting in de opkomst van populistische partijen met een autoritair gedachtengoed en collectieve emoties van woede, die de vorm aanneemt van idolisering van aspirant-autoritaire leiders. Maar dat is niet de grondoorzaak van de terugval. De grondoorzaak gaat daaraan vooraf en is het geleidelijke, verholde verraad van elites die de steunpilaren zouden moeten zijn van de democratische rechtsstaat, aan de beginselen van diezelfde rechtsstaat. Sinds ongeveer 1980 laten regeringen, ambtenaren, volksvertegenwoordigers en media (vier van de "machten") in toenemende mate hun gedrag bepalen door de wensen van elites van rijke ondernemers en top-managers, ten koste van de belangen van het overgrote deel van de bevolking en het milieu - zowel op korte als op langere termijn. Dit wordt vaak "neoliberalisme" genoemd. Ook de rechterlijke macht heeft zich niet volledig aan deze ontwikkeling kunnen onttrekken.

Bij dit verraad gaat het primair om een verraad aan, en vernauwing van het eigen bewustzijn. Beslissers kiezen ervoor "weg te kijken" van bepaalde aspecten van hun eigen manier van denken, de effecten die deze manier van denken heeft op hun eigen gedrag (beslissingen), en daardoor ook op de samenleving en de mensen daarin - bijvoorbeeld werknemers, mantelzorgers, mensen zonder betaald werk, rechtzoekende burgers. Leden van elites (elke samenleving heeft noodzakelijkerwijs elites) kijken vaak niet naar de effecten van hun eigen mentaliteit op het lot van andere, minder bevoorrechte mensen. Beslissers trekken dan zich terug in een comfortabele droomwereld, terwijl de echte wereld op papier wordt beschreven door middel van manipuleerbare abstracties (bijvoorbeeld "geluidscontouren", "stikstof-quota" of "micro- en macro-data"), zonder nog voldoende te kijken naar de consequenties van die ideeën en de daarmee in schijn gelegitimeerde besluiten voor de leefwereld van buitenstaanders (gewone mensen).

In het Nederlandse bestuursrecht is dit met name de afgelopen twintig jaar tot uiting gekomen in een beweging naar formalisering van het recht, door middel van formalistische rechtsopvattingen en dito interpretaties van geschreven wet- en regelgeving. Terwijl de rechtsbescherming *grosso modo* formeel is gegroeid in de vorm van steeds meer formele regels (als een boom die zijn takken steeds verder spreidt), is hij ondertussen materieel uitgehold (doordat rechters de regels steeds formeler en oppervlakkiger zijn gaan interpreteren, of zelfs zijn gaan negeren in hun beoordeling van zaken). Vaak beroepen bestuursrechters zich hierbij op het beginsel van "marginale toetsing". Het gaat hier in essentie om een vermindering van de rechtsbescherming.

Nederlandse en Europese variant van terugtrekkende rechtsstaat: corporatisme

De hierboven beschreven vermindering van rechtsbescherming en terugtrekking van de rechtsstaat, is direct verbonden aan de terugkeer van een autoritaire bestuursvorm. Onder bijna elke bestuursvorm wordt macht gebruikt om geld te verwerven, en wordt geld gebruikt om macht te verwerven. Maar er bestaan nuance-verschillen tussen verschillende soorten autoritaire bestuursvormen. In de Verenigde Staten is er primair sprake van plutocratisch kapitalisme: heerschappij van de rijken, die hun financiële middelen omzetten in politieke macht. In China is er primair sprake van autoritair kapitalisme, waarbij de macht in handen is van een leider en een dictatoriaal partij-apparaat die claimen ("de gevoelens van") het volk te vertegenwoordigen. In veel Europese landen is er sprake van vormen van corporatistisch kapitalisme, waarbij belangengroepen achter de schermen met elkaar onderhandelen om tot een consensus te komen, waarna die consensus wordt gelegitimeerd en tot uitvoering gebracht door een gehoorzame meerderheid in een parlement dat formeel democratisch is, en vervolgens wordt bevestigd door een gehoorzame, formeel onafhankelijke rechterlijke macht. Zelf ben ik voorstander van democratisch, sociaal-liberaal kapitalisme, dat - anders dan die andere varianten - wèl goed verenigbaar is met een functionerende democratische rechtsstaat.

In de huidige casus (privacy-schending d.m.v. de OV-chipkaart) heb ik het Nederlandse corporatisme in de praktijk aan het werk gezien bij mijn deelname aan een door de Tweede Kamer georganiseerd "rondetafelgesprek" op 10 september 2019, getiteld "Toegang tot OV-data". Ik heb dat achteraf geanalyseerd in een impressie, getiteld: "**OV-data-jacht: op weg met *surveillance corporatism***", die als bijlage bij dit hoger-beroepschrift is gevoegd.¹ Er blijkt door een constellatie van machthebbers al een consensus te zijn bereikt dat de persoonlijke reisgegevens van individuele reizigers structureel verzameld moeten worden, ook zonder hun toestemming. Het plan is om deze grootschalige privacy-schending nu alsnog te laten legaliseren door het parlement, bij formele wet.

Durft uw Afdeling in deze casus onafhankelijk recht te spreken?

De vraag die dit corporatisme oproept, is of uw Afdeling, als hoogste Nederlandse rechtsprekende orgaan in deze casus, de moed en de bereidheid heeft om de zaak onafhankelijk van de in achterkamertjes al tot stand gekomen consensus te beoordelen, met als richtsnoer de relevante internationale verdragen (waaronder het EVRM) en een interpretatie van Europese regelgeving (AVG) die daarmee in overeenstemming is - niet alleen formeel, maar ook materieel.

Ik verzoek uw Afdeling dit niet als een belediging op te vatten. Onafhankelijke rechtspraak is, zoals u weet, een betrekkelijk jong fenomeen en niet vanzelfsprekend. Vroeger spraken koningen recht, of (zoals in IJsland) "wetsprekers" die onder grote druk stonden van clanhoofden die op het Althing nauwlettend toekeken, geflankeerd door groepen sterke mannen. Wie zijn eigen onafhankelijkheid als vanzelfsprekend uitgangspunt neemt, maakt zichzelf daarmee al vatbaar voor oneigenlijke beïnvloeding. Moedig kan alleen diegene zijn, die zich bewust is van zijn eigen angst en kwetsbaarheid. Rechtvaardig kan alleen diegene zijn, die zich bewust is van zijn eigen vooringenomenheid. Onafhankelijk kan alleen diegene zijn, die zich bewust is van zijn eigen beïnvloedbaarheid. Dit zeg ik ook regelmatig tegen mezelf. Ik hoop dat u het mij niet kwalijk neemt.

¹ Tevens gepubliceerd op: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtsvelden/mobiliteit/item/1158-rondetafelgesprek-tweede-kamer-over-toegang-tot-ov-data.html>, onder update 8 oktober 2019.

Lichtpuntje dat een klein beetje hoop biedt: de uitspraak m.b.t. PAS

Hoopgevend vind ik de uitspraken van uw Afdeling op 29 mei 2019 over het Programma Aanpak Stikstof (PAS). Daarin oordeelde uw Afdeling dat het PAS onrechtmatig was. Als op corporatistische wijze tot standgekomen truc van de Nederlandse overheid en belangenorganisaties van bouw-ondernemingen, boeren etc., had het PAS tot doel Europese regelgeving op het gebied van stikstof te omzeilen.² De uitspraken van uw Afdeling, hoewel op zichzelf bemoedigend, kwamen pas tot stand nadat milieu-organisaties vele jaren hadden geprocedeerd, en nadat het Europese Hof van Justitie daarover op verzoek van uw Afdeling een prejudiciële uitspraak had gedaan. Als dezelfde regelgeving m.b.t. stikstof niet Europees, maar alleen Nederlands was geweest, en als er geen Europees Hof van Justitie of Europese consensus was geweest, dan was de Nederlandse rechterlijke macht mogelijk gezwicht voor de druk van de polder-constellatie die werd gevormd door Nederlandse overheden en daarmee verbonden lobby-groepen van ondernemers en boeren - ten koste van het milieu en het welbegrepen lange-termijn-belang van Nederland.

In dat geval was het voor uw Afdeling niet moeilijk geweest een redenering te bedenken waarom de overtreding van de stikstof-regels eigenlijk toch geen overtreding was, in combinatie met een opmerking dat het op uw weg lag om de zaak "minder indringend" te toetsen - vergelijkbaar met de uitspraak van de rechtbank in de thans voorliggende casus met betrekking tot privacy in het OV.

Wat ik hiermee wil aangeven, is dat het er alle schijn van heeft dat Nederland, inclusief de Nederlandse bestuursrechtspraak, niet meer beschikt over het vereiste (zelf-)corrigerende vermogen als het gaat om toepassing van geldende regels, maar voor haar rechtstatelijkheid afhankelijk is geworden van het gezag en de juridische verbindendheid van Europese regelgeving en Europese rechtspraak. Als dat zo is, is er geen sprake meer van een Nederlandse rechtsstaat, maar alleen nog (wellicht) van een Europese rechtsstaat, waarvan Nederland deel uitmaakt.

Dat is een beetje zoals een boekhouder van een bedrijfsonderdeel die zich alleen nog onthoudt van al te "creatief" boekhouden omdat hij daar misschien niet mee wegstapt bij een centrale audit, maar niet meer omdat hij zelf intrinsieke verantwoordelijkheid neemt voor de rechtmatigheid van de boekhouding. Misschien voelt hij nog wel een *beetje* verantwoordelijkheid, en heeft hij wel een *beetje* ruggegraat, maar niet genoeg om zonder het gezag, de steun of het toezicht van de centrale administratie de druk van het afdelingsmanagement nog te weerstaan.

Invloed van Europese opvattingen op Nederlandse rechtspraak m.b.t. privacy in het OV

In het licht van de in de praktijk gegroeide afhankelijkheid van Europese rechtstatelijkheid, is het voor de huidige casus van belang hoe er in Europa over privacy wordt gedacht, en met name over privacy in het OV. Wat in de hiervoor genoemde PAS-zaak geholpen kan hebben, is dat de milieueffecten van stikstof-neerslag fysiek meetbaar zijn, en dat er op Europees niveau (anders dan op Nederlands niveau) een vrij brede consensus bestaat dat de gekozen, stikstof-neerslag-beperkende regels nodig zijn. De vraag is hoe het dan staat met de gedachten in Europa over privacy, inclusief privacy in het OV. Op dat punt zijn er verschillende signalen.

2 De truc die "polderend" (d.w.z. corporatistisch) Nederland in de achterkamertjes had bedacht, was om bij het verlenen van vergunningen aan activiteiten die extra neerslag van stikstof veroorzaken in nabijgelegen natuurgebieden (Natura 2000), vooruit te lopen op voorgenomen, maar in de praktijk niet gerealiseerde maatregelen ter vermindering van de stikstofneerslag. Deze "interpretatie" (lees: ontduiking) van Europese regelgeving is volgens het Europese Hof van Justitie niet toegestaan, omdat deze niet de vereiste "waarborg" biedt dat de voorgenomen maatregelen daadwerkelijk zullen plaatsvinden en tijdig het beoogde effect zullen hebben. Zie bijvoorbeeld: <https://nl.wikipedia.org/wiki/Stikstofcrisis> (geraadpleegd: 18 oktober 2019).

Eenzijds zijn er signalen dat privacy door sommige hoge EU-functionarissen zeer serieus wordt genomen.³ Anderzijds lijken er ook informele signalen te zijn dat de AVG door sommige EU-functionarissen en invloedrijke lobbies wordt opgevat als niet meer dan een middel (een alibi) om het Europese bedrijfsleven te beschermen tegen data-giganten zoals Google, Facebook, Huawei en Alibaba, en dus niet echt bedoeld voor daadwerkelijke bescherming van individuele burgers.

Enkele maanden geleden lekte uit dat de regeringen van de meeste EU lidstaten de privacy van OV-reizigers juist willen afschaffen, door hun identiteit ook bij trein- en busreizen te gaan registreren.⁴ Dat zou wel de instemming vereisen van het Europese Parlement met nog op te stellen, nieuwe wetgeving. Maar gezien het corporatisme en de lobbies op Europees niveau, valt te betwijfelen of het Europees Parlement het grondrecht van burgers op privacy voorop zal stellen, of toch (en niet voor het eerst) zal kiezen om het korte-termijn-belang van Europese data-bedrijven voorrang te geven.

Hoe dat in de toekomst ook zal verlopen, zonder werkelijk onafhankelijke Nederlandse rechtspraak wordt het grondrecht van OV-reizigers op privacy ook in de huidige situatie niet adequaat beschermd. Ik voer nu al vijf jaar juridische procedures over deze grootschalige aantasting.

1.5 De privacy- en klimaatcrises zijn ook een crisis van de rechtsstaat

Sinds kort (Parijs; Thunberg) wordt het in Europa door weinigen meer betwist dat er sprake is van een klimaatcrisis, die ons allemaal raakt en snelle maatregelen vereist. Maar dat er tevens sprake is van een privacy-crisis die ons allemaal raakt, wordt door veel mensen niet op dezelfde manier onderkend of beleefd. Een groot aantal mensen ziet de getroffen maatregelen ter bescherming van privacy (met name de Algemene Verordening Gegevensbescherming - AVG) nog altijd als "overdreven" en hinderlijk, want lastig, tijdrovend en kostbaar. Dit kan te maken hebben met het feit dat privacy-aantasting, anders dan milieu-aantasting, niet een direct fysiek effect heeft. De ernst van de sociaal-economische effecten van privacy-aantasting wordt door veel mensen nog niet onderkend, maar genegeerd als een "ver-van-mijn-bed-show". Ze willen nog niet zien dat er op kousevoeten een machtsapparaat wordt opgebouwd (een panopticum) dat in de toekomst gebruikt zal worden voor machtsuitoefening over de overgrote meerderheid van de bevolking.

Een noodzakelijk machtsevenwicht

In combinatie met elkaar zorgen de klimaatcrisis en de privacy-crisis ook voor een crisis van de rechtsstaat. De klimaatcrisis vereist collectieve maatregelen die in beginsel alle leden van de gemeenschap zullen raken en van iedereen offers zullen vergen. Tegelijk zal de klimaatcrisis door overheden en bedrijven worden aangegrepen om de privé-sfeer van burgers nog verder binnen te dringen dan nu al gebeurt, om ieders gedrag te gaan controleren en beïnvloeden. Het verhaal zal dan zijn dat die privacy-invasie "met het oog op de klimaatcrisis" nodig is.

Het zal snel worden vergeten dat dezelfde beleidsmakers en beslissers die dat straks "nodig" zullen vinden, het tientallen jaren lang niet nodig vonden om preventieve maatregelen ten aanzien van de voorzienbare klimaatcrisis te nemen. Zoals steeds in de menselijke geschiedenis, zullen de elites die aan de macht zijn, crisissituaties aangrijpen om (a) de nadelen van die situaties af te wentelen

³ Zie bijv: <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/03/18/margrethe-vestager-de-powervrouw-van-brussel-a3953638>.

⁴ Vergelijkbaar met de PNR-regeling voor luchtverkeer. Zie: <https://www.theguardian.com/world/2019/aug/07/eu-may-expand-collection-of-air-passenger-data-to-rail-and-road-users>

op het gewone volk, en (b) nog meer macht naar zich toe te trekken. Met de huidige en toekomstige technologie gaat het dan vooral om macht in de vorm van beschikking en zeggenschap over data.

Er dreigt daardoor een existentiële crisis van de democratische rechtsstaat. Die is immers niet alleen gebaseerd op de eerder genoemde scheiding der machten (*trias politica* etc.), maar ook op een machtsevenwicht tussen individuele burgers en de staat. Dat machtsevenwicht stort in elkaar als burgers geen privacy meer hebben. Als de staat burgers geen privacy meer gunt, is er sprake van een in essentie totalitaire situatie. In het geval van privacy in het OV gaat het om de vrijheid om je onbespied en ongeregistreerd te bewegen. Dat is van belang voor de vrijheid van vereniging, de vrijheid van demonstratie, de vrijheid van meningsuiting, en voor mogelijkheden van onderzoeksjournalistiek (ter beperking van corruptie en machtsmisbruik).

Als al je OV-reizen worden gevolgd, en als opsporingsdiensten en inlichtingendiensten in de praktijk toegang (kunnen) hebben tot jouw persoonlijke reisgegevens, dan ga je wel twee keer nadenken of je op bepaalde tijdstippen naar bepaalde plaatsen gaat, of niet. Zelfs de mogelijke schijn van bepaalde reisdoelen wil je dan vermijden. Zeker als op enig moment de maatschappelijke spanningen hoog oplopen, hetgeen hoogstwaarschijnlijk zal gebeuren wanneer de fysieke en sociaal-economische effecten van de klimaatcrisis Europa echt bereiken.⁵ Zonder privacy wordt iedereen chantabel, en daarvan zal in crisissituaties ook zeker misbruik worden gemaakt.

Gerechtvaardigd en ongerechtvaardigd individualisme in relatie tot privacy

De democratische rechtsstaat is gebouwd op individuele rechten en individueel verantwoordelijkheidsgevoel. Zonder individualisme blijft er van democratie en rechtsstaat niets over. Het is van cruciaal belang om daarbij een onderscheid te maken tussen enerzijds gerechtvaardigd individualisme, dat tot uiting komt in beslisvermogen, handelingsbekwaamheid en zelfontplooiing (soms samengevat als *agency*), alsmede persoonlijk verantwoordelijkheidsgevoel, en anderzijds ongerechtvaardigd individualisme, dat tot uiting komt in egoïsme, gebrek aan empathie en gebrek aan persoonlijk verantwoordelijkheidsgevoel.

De klimaatcrisis zal van burgers gerechtvaardigd individualisme vereisen, en van de overheid maatregelen ter beperking van ongerechtvaardigd individualisme.

De valkuil zal zijn om privacy in de praktijk gelijk te gaan stellen aan ongerechtvaardigd individualisme ("Je hebt toch niks te verbergen? Nou dan!"), en daarbij te vergeten dat privacy ook een onontbeerlijke voorwaarde is voor de ontwikkeling van vormen van gerechtvaardigd individualisme die nodig zijn voor een succesvolle aanpak van de crisis. De klimaatcrisis zal te complex zijn om die door middel van een autoritaire inzet van rechteloze, blind-gehoorzame onderdanen op een goede manier op te lossen.⁶ Hoe eerder de wetgevende en de rechterlijke macht duidelijk maken dat ieders privacy moet worden gerespecteerd, niet alleen formeel maar daadwerkelijk, hoe groter de kans dat de rechtsstaat de komende klimaatcrisis zal doorstaan.

5 In Hong Kong zijn sommige demonstranten nu al gestopt met het gebruik van hun OV-chipkaart ("Octopus-kaart") om te zorgen dat hun bewegingen niet geregistreerd worden.

6 In laatste instantie (uiterste analyse) zou het natuurlijk geen "probleem" zijn als de helft van de mensheid omkomt na onderworpen te zijn door een kleine groep autoritaire leiders die hen inzet als rechteloze wegwerp-instrumenten ter bestrijding van de crisis (beperkt opgevat als de crisis zoals beleefd door die kleine groep leiders). De mensheid heeft ook de builenpest, de Dertigjarige Oorlog en talloze andere rampen doorstaan. Maar als we de crisis op een mensvriendelijkere manier willen doorkomen, dan moeten we de privacy van elk mens eerbiedigen.

1.6 Privacy is geen obstakel, maar hulpmiddel en concurrentievoordeel

In het eerder genoemde rondetafelgesprek van de vaste kamercommissie Infrastructuur en Waterstaat op 10 september 2019, werd het duidelijk dat bijna alle aanwezige deelnemers het vereiste van privacy opvatten als een obstakel voor hun plannen om toegang te krijgen tot de data van OV-reizigers. Slecht één deelnemer, het vervoerbedrijf Flixbus, bracht naar voren dat een privacy-vriendelijk beleid voor een echt vervoerbedrijf (in tegenstelling tot een verkapt data-bedrijf) juist concurrentievoordeel met zich meebrengt, omdat reizigers het als prettig en laagdrempelig ervaren om een reis te kunnen boeken zonder allerlei persoonsgegevens te hoeven afstaan.⁷

In dat verband wil ik erop wijzen dat de bescherming van privacy in het OV, naast directe voordelen voor reizigers en authentieke vervoerbedrijven, ook nog andere voordelen biedt. Het draagt bij aan de kwaliteit van de leefomgeving, en daarmee aan de aantrekkelijkheid van een land als vestigingsplaats. Het draagt ook bij aan de ontwikkeling van technieken voor privacy-by-design, en daarmee aan de kennis-economie van een land. En het bevordert een sociaal klimaat van vertrouwen, en daarmee de sociale cohesie.

Privacy in het OV helpt ook om ervoor te zorgen dat beleidsmakers en bestuurders minder in de verleiding komen om te bezuinigen op menselijk toezicht (bijv. conducteurs, stationspersoneel, "blauw op straat"). Ook op die manier kan de instandhouding en bescherming van het recht op privacy bijdragen aan sociale veiligheid.

Uiteindelijk helpt de individuele veiligheid die privacy in het OV aan burgers biedt, in combinatie met de daaruit voortvloeiende handelingsvrijheid en uitingsvrijheid, ook om de legitimiteit van het bestuur van een land te verhogen. Dat is bevorderlijk voor sociale rust en daarmee ook voor de economie.

Deze voordelen zijn vaak niet rechtstreeks meetbaar, maar dat wil niet zeggen dat ze niet zouden bestaan. Op het gebied van privacy-bescherming doet de Europese Unie het tot dusverre relatief goed in vergelijking met veel andere delen van de wereld. Dat is een groot sociaal en economisch kapitaal dat niet moet worden vernietigd, maar juist benut voor verdere ontwikkeling.

1.7 Function creep, robotisering en normalisering van ontkenning menselijkheid

Ten slotte wil ik in deze inleiding aandacht besteden aan een meer fundamenteel aspect van privacy. Het kan zijn dat uw Afdeling dat voor uw beoordeling niet relevant vindt, omdat u de zaak alleen wilt bekijken door het smalle, getraliede venster van een formeel-juridisch kader. Dat zou in mijn ogen een gemiste kans zijn. Ook in het bestuursrecht verdienen de "omstandigheden van het concrete geval" aandacht - althans, dat is (of was, toen ik mijn opleiding deed) de theorie.

De jacht op data, inclusief de data van privé-reisbewegingen van OV-gebruikers, wordt ingegeven door het onuitgesproken idee dat meer weten altijd goed en nuttig is. Dat is een aanname die niet altijd opgaat. Ik ben zelf heel nieuwsgierig en niet het type om weg te kijken van dingen, ook niet als ik ze ongemakkelijk vind. Maar ik heb wel respect voor sommige geheimen of mysteries.

⁷ Zie: Michiel Jonker, *OV-data-jacht: op weg met surveillance corporatism*, <https://www.privacyfirst.nl/images/stories/ov-chipkaart/2019-10-07-def-Impressie-rondetafelgesprek-Toegang-tot-OV-data.pdf>

Verschuivende doelen (function creep) - en de irrationele drijfveren erachter

Laat ik beginnen met een voorbeeld. Er is het idee dat het altijd goed is om meer te weten als dat in het belang is van het vergroten van de "veiligheid".

Het doel "veiligheid" werd door NS in de door mij aangespannen procedures aanvankelijk niet genoemd - daar ging het NS niet om met het verzamelen van de reisgegevens van individuele treinreizigers. • Vanaf 2014 werd ik gedwongen mijn reisgegevens te laten verwerken omdat dat nodig was "voor het OV-chipkaart-systeem" (dus: een technische noodzaak). NS stelde zelfs expliciet dat het géén prijs stelde op die gegevens, maar die als ongewilde "bijvangst" beschouwde. Op dat moment stond er in de gedragscode van branche-organisatie KNV, waar NS zich aan beweerde te houden: "4. Anonieme OV-chipkaart: Niet-persoonsgegevens OV-chipkaart met betrekking tot welke geen (persoons)gegevens worden opgeslagen over de Kaarthouder totdat de Kaarthouder zich zelf bekend maakt." • Maar vanaf 2015 begonnen de door NS aangegeven doelstellingen merkbaar te schuiven. NS begon alsnog in de richting te kruipen van het idee dat de individuele reisgegevens die met de "persoonlijke" OV-chipkaart werden verzameld, bedoeld zouden zijn voor bepaalde "verwerkingsdoelen" die in de privacy-verklaring stonden. • Vanaf 2019 bleek dat de andere variant van de OV-chipkaart, de zogeheten "anonieme" kaart, eigenlijk niet anoniem was. NS had mij dus bijna vijf jaar lang niet geïnformeerd over het feit dat mijn reisgegevens ondanks mijn anonieme OV-chipkaart toch werden verzameld. • Ten slotte bleek tijdens het rondetafelgesprek op 10 september 2019 dat NS en enkele andere vervoerbedrijven een joint venture hadden afgesloten met TransLink Systems (TLS) voor het uitbaten van de door TLS in opdracht van NS verzamelde OV-data, inclusief de persoonlijke reisgegevens van alle individuele treinreizigers.

Dit is een typisch voorbeeld van wat in privacy-jargon "*function creep*" wordt genoemd. Wat we hier zien, is dat de mogelijkheid om gegevens te verwerken, gevolgd door de actie van het daadwerkelijk gaan verwerken van die gegevens, een eigen dynamiek teweeg brengt waardoor ook de "doelen" van de verwerkingsverantwoordelijke gaan veranderen. We zien hier ook hoe "ongewilde bijvangst" (zoals NS het aanvankelijk noemde) verandert in grondstof. In privacy-jargon wordt dat beschreven als de omzetting van "behavioral surplus" in "restdata" (dataficatie), waarna de verwerving, het gebruik en het verhandelen van die "restdata" in de praktijk uitgroeit tot hoofddoel, zonder dat het doel van de gegevensverwerking officieel ooit is veranderd.

In artikelen 7 en 9 Wbp (art. 5 lid 1 onder b) AVG) zijn de vereisten van "doelbinding" en "verenigbaarheid" opgenomen. Die verbieden *function creep*. Ten tijde van het tweede, herziene besluit op bezwaar van de AP (2018) waren de doelen van NS veranderd (uitgebreid), terwijl dezelfde gegevensverzameling nog steeds doorging. NS en de AP deden alsof hun neus bloedde.

Ik kan hier door een formeel-juridische bril (een smal, getralied venster) naar kijken, wat ik in paragraaf 4.8 ook onder andere zal doen. Maar het gaat me nu om iets anders, namelijk het mysterie dat vaag zichtbaar wordt als gevolg van het schuiven van de zogenaamde "doelen" van NS. De werkelijke motieven van NS stemmen niet overeen met die schuivende panelen, maar hebben met iets heel anders te maken, namelijk een mystiek geloof in meer (kunnen) weten - meer data hebben. Het is in essentie een irrationeel verlangen en streven naar meer macht, ook al wist NS aanvankelijk nog niet waarvoor het deze macht eigenlijk wilde gebruiken. Eén van de ontwerpers van het OV-chipkaart-systeem noemde dat ooit "een jongensdroom".

Privacy en de gevaarlijke jongensdroom van macht en robotisering

De vraag is nu waar dit irrationele streven naar macht toe leidt, als het tot in zijn uiterste consequentie wordt doorgevoerd, en waar er een grens moet worden gesteld aan dat streven.

Bij het irrationele streven worden altijd doelen gezocht om dat streven *post hoc* te rechtvaardigen. Het maakt in wezen niet uit wat dat officiële, schijnbaar rationele doel eigenlijk is, omdat het niet bepalend is voor de richting die het proces neemt. Het kan op elk moment ook weer ingewisseld worden voor een ander doel. Laten we kijken naar een scenario (slechts één van vele mogelijke varianten) waarin het eerst-opgevoerde doel is om "het makkelijker te maken voor OV-reizigers".

Het proces zou dan, als het niet begrensd wordt, ongeveer als volgt kunnen verlopen:

- (1) Vanaf het einde van de Tweede Wereldoorlog kunnen mensen ruim zeventig jaar lang met volledige privacy van het openbaar vervoer (OV) gebruik maken. Ze schaffen een papieren treinkaartje aan - soms in combinatie met een zichtkaart als abonnementskaart.
- (2) 2008. De OV-chipkaart wordt ingevoerd "om het makkelijker te maken". Beloften, bijv. "één keer in- en uitchecken voor de hele reis", worden na de besluitvorming over invoering van het systeem meteen gebroken. Het publiek en het parlement worden door de initiatiefnemers van het OV-chipkaart-systeem niet op de hoogte gesteld van het feit dat ook de "anonieme" OV-chipkaart niet werkelijk anoniem is, o.a. vanwege unieke pasnummers. Wanneer een wetenschappelijk onderzoek dat alsnog uitwijst (2010), wordt dat door Nederlandse autoriteiten (de executieve, de wetgever, de toezichthouder) genegeerd.
- (3) 2014. Papieren treinkaartjes worden afgeschaft. Alle OV-reizen met een persoonsgebonden OV-chipkaart worden al geregistreerd. Wie zijn privacy wil behouden, moet van de vervoerbedrijven een quasi-"anonieme OV-chipkaart" gebruiken, met diverse nadelen, of eenmalige OV-chipkaartjes uit de automaat halen tegen betaling met muntgeld (en tegen een hogere prijs dan bij de persoonsgebonden of quasi-"anonieme" OV-chipkaart).
- (4) 2018/2019. Wanneer het niet-anoniem zijn van de zogenaamd "anonieme" OV-chipkaart als gevolg van een juridische procedure van een activist (ik) alsnog bekend gaat worden bij een groot publiek, veranderen advocaten van NS de naam in "naamloze OV-chipkaart". Wie zijn privacy wil behouden, kan alleen nog op sommige plekken eenmalige OV-chipkaartjes (enkele reis) tegen muntgeldbetaling aanschaffen (tegen een hogere prijs).
- (5) <toekomst> Eenmalige kaartjes worden afgeschaft; reizigers kunnen alleen nog reizen met een persoonsgebonden of een "naamloze" (maar uniek genummerde) OV-chipkaart.
- (6) Ook bij de "naamloze OV-chipkaart" wordt bij de aanschaf het opgeven van naam en adres voortaan verplicht gesteld, ten behoeve van "fraudepreventie". Wie nog met privacy wil reizen, kan niet meer met het OV. Contant geld wordt ook afgeschaft.
- (7) Van alle auto's wordt op alle doorgaande wegen het kenteken al automatisch geregistreerd, inclusief tijdstip waarop de auto passeert, rijrichting, snelheid e.d. Dit wordt gekoppeld aan een data-bestand met alle geregistreerde eigenaren, hun gezinsleden, eventuele andere huisgenoten, directe familieleden en kennissen met wie ze frequent FB-contact hebben.
- (8) Er worden "zelfrijdende" auto's geïntroduceerd om het "makkelijker en milieuvriendelijker" te maken. Na aanvankelijk veel ongelukken omdat de zelfrijdende auto's nog niet goed ontwikkeld zijn, gaat het geleidelijk beter.
- (9) Verbod voor menselijke automobilisten om nog zelf auto te rijden - met het oog op de "veiligheid", omdat menselijke bestuurders de bewegingen van zelfrijdende auto's niet goed genoeg kunnen inschatten en mede daardoor "minder veilig rijden".

- (10) Er wordt een nieuwe service geïntroduceerd: een hulpdienst die bij calamiteiten meteen naar je huis komt om hulp te bieden. Voorwaarde is wel dat ze toegang hebben tot je huis. Dat kan door middel van een nieuw, digitaal voordeurslot.
- (11) Verbod op ouderwetse, analoge voordeursloten, in het belang van de "veiligheid" (toegankelijkheid voor "hulpdiensten").
- (12) Verplichte installatie van camera's in het eigen huis, omwille van de "veiligheid", als je verzekerd wilt zijn (medisch, inboedel- en opstalverzekering, deel van WA-dekking).
- (13) Verzekeraars zijn niet langer verplicht bepaalde medische handelingen te verzekeren indien de verzekerde geen "wearable" draagt die bloeddruk, cholesterolgehalte, hartslag e.d. overdag continu monitort.
- (14) Verbod op ongemonitord vrijen, i.v.m. gezondheidsrisico's.
- (15) Verbod op vaker vrijen dan toegestaan op grond van automatisch gegenereerde richtlijnen op basis van data, afkomstig van de "wearable" die je conditie monitort - en die vanaf nu ook monitort of je je aan de richtlijnen houdt. Richtlijnen voor "morele etiquette in bed" - mede geïnspireerd door geavanceerde kennis uit China ("ethische gezondheids promotie");
- (16) Nieuwe dienst om het nog makkelijker voor je te maken: een "waarschuwingsprothese" die je automatisch een "nudge" geeft als je je niet aan de richtlijnen houdt. Je mag zelf kiezen aan welk soort nudge je de voorkeur geeft: een lichtflits, een vibratie, een klein prikje, een geluidje of zelfs een prestigieus geurtje - bijvoorbeeld van Chanel. Dus: "keuzevrijheid"!
- (17) Verplichting om een waarschuwingsprothese te dragen als je verzekerd wilt zijn.
- (18) Wettelijke verplichting voor iedereen om een waarschuwingsprothese te dragen, aanvankelijk nog met een "opt-out-register" (vergelijkbaar met Donorwet), later niet meer.
- (19) Om "fraude" te voorkomen (mensen die hun waarschuwingsprothesen illegaal de-activeren) worden er bij recidivisten "waarschuwingsimplantaten" onder de huid ingeplant.
- (20) Naast waarschuwingsimplantaten worden er nu ook "corrigerende implantaten" geïntroduceerd voor veroordeelde criminelen die zich in de gevangenis misdragen.
- (21) Het eerste kunsthart wordt ingeplant bij een patiënt, met volcontinue monitoring vanuit "de cloud". Een overwinning voor de medische wetenschap!
- (22) Zware criminelen krijgen de mogelijkheid van vervroegde invrijheidstelling, mits zij zich een kunsthart laten implanteren dat hen automatisch "de-activeert" bij (risico op) recidive.
- (23) Voor mensen die "gevoelige" functies bekleden (d.w.z. met toegang tot gevoelige data of data-systemen) wordt implantatie van een gemonitord kunsthart verplicht gesteld.
- (24) Voor alle werknemers die een vaste aanstelling willen, wordt een gemonitord kunsthart verplicht gesteld. Dit ook om "attitudes" te kunnen monitoren en voorspellen.
- (25) Voor iedereen wordt een gemonitord kunsthart verplicht gesteld (eerst nog met "opt-out").
- (26) Iedereen wordt verplicht aangesloten op de "cloud" - omwille van de "(sociale) veiligheid".
- (27) Mensen met psycho-motorische problemen worden "ontlast" van ledematen die destructief ageren bij heftige emoties. De ledematen worden vervangen door prothesen die bij ongewenst gedrag automatisch worden gecorrigeerd vanuit de "cloud". Handig!
- (28) Mensen met psycho-motorische problemen krijgen hersen-implantaten die hen "aan de bron" corrigeren bij ongewenst gedrag, en ook bij bepaalde gedachtenpatronen (beter gezegd: elektrische en chemische patronen in de hersenen) die statistisch gezien duiden op een verhoogde kans op het optreden van psycho-motorische problemen.
- (29) Er bestaan geen psycho-motorische problemen meer. Er is alleen nog sprake van motorische problemen.
- (30) Er bestaan geen problemen meer, maar nog wel vectoren, connecties, statistische waarschijnlijkheidspercentages, celdelingen en cholesterolgehaltenes.

P.S. Een kleine groep mensen (eigenaren en topmanagers van enkele tientallen grote (tech-) bedrijven, wat staatshoofden, topambtenaren, hun families en een kring van vertrouwelingen) leven nog steeds "retro". Zij sturen een grotere groep "sedentairen" aan (mensen zonder benen, omdat ze die toch niet nodig hebben, voortgeplant d.m.v. in vitro fertilisatie) die op hun beurt de "cloud" besturen die de geautomatiseerde bevolking reguleert.

De vraag is niet of uw Afdeling dit een absurd scenario vindt, maar wanneer u elke stap van dit scenario normaal zou gaan vinden als het proces in de toekomst daadwerkelijk zo zou verlopen.

Mocht u vinden dat ik een beetje te veel fantasie heb, dan wil ik erop wijzen dat ik dit scenario niet zelf heb bedacht. Het is al veel eerder bedacht, om te beginnen door allerlei science-fiction-schrijvers. Maar ook, en dat is zorgwekkend, door mensen die nu in posities zijn waarin ze richting geven aan beleid. Een jaar geleden heb ik bijvoorbeeld een senior beleidsmedewerker gesproken van een Nederlandse overheid die zich met het OV bezighoudt. Deze persoon hield mij dit scenario voor als een in zijn ogen wenselijk en onvermijdelijk scenario.⁸ Ik heb het hier alleen wat nader uitgewerkt om voor uw Afdeling niet alleen de "jongensdroom" aanschouwelijk te maken, maar ook het proces waarmee die gerealiseerd gaat worden. Dat wil zeggen, als:

- de "jongensdroom" gecombineerd wordt met bepaalde machtsaspiraties; en
- er door wetgevers en rechters niet tijdig grenzen worden gesteld aan deze ontwikkeling.

Het probleem is niet de "jongensdroom" op zichzelf (tallose mensen gaan in hun puberteit en adolescentie door een fase heen waarin zij dat soort dromen hebben), maar het gebrek aan ethisch bewustzijn van mensen die als volwassenen zulke dromen nog steeds koesteren en nastreven. Wanneer die dromen dan ook nog worden opgepakt door mensen met bepaalde machtsaspiraties (dat kunnen de "dromers" zelf zijn of anderen) die zich sleutelposities weten te verwerven, dan wordt het heel gevaarlijk en soms rampzalig. In de geschiedenis hebben we daarvan afschuwelijke voorbeelden kunnen zien, bijvoorbeeld de experimenten van dr. Mengele.

Bekende voorbeelden van hedendaagse mannen met jongensdromen, een gebrek aan ethisch bewustzijn en machtsaspiraties zijn Elon Musk (die een rode Tesla-auto de ruimte in heeft geschoten met een door zijn eigen bedrijf vervaardigde raket) en Mark Zuckerberg, de oprichter en CEO van Facebook. Maar ook Peter Thiel dient hier te worden genoemd, die zijn bedrijf "Palantir" heeft genoemd, naar het voorwerp in de fantasiewereld van J.R.R. Tolkien.⁹ Deze mensen moeten

⁸ Zie: Michiel Jonker, *OV-data-jacht: op weg met surveillance corporatism*, pag. 13.

⁹ **Peter Thiel** (Frankfurt, 1967) is een Duits-Amerikaanse investeerder, filantroop, politiek activist en schrijver. Thiel is mede-oprichter (met Max Levchin en Elon Musk) van PayPal, was de eerste investeerder in Facebook, en is oprichter van het hedgefonds Clarium Capital Management en Palantir Technologies, leverancier van software voor zowel de Amerikaanse geheime dienst CIA als de financiële sector. Volgens *Forbes* is zijn persoonlijk vermogen anno 2016 2,7 miljard dollar.

Naast investeerder geldt Thiel ook als een van de voornaamste publieke intellectuelen van Silicon Valley. Hij noemt zichzelf libertariër en signaleert een fundamenteel conflict tussen kapitalisme en democratie, waarin hij de kant van het eerste kiest. Hij financiert met zijn privévermogen diverse politieke doelen: zo steunde hij in de verkiezingsstrijd om het Amerikaanse presidentschap hij de Republikeinse campagnes van [2016] eerst Ron Paul, daarna Donald Trump, voor wie hij ook als adviseur werkzaam is. Eerder financierde Thiel het Seasteading Institute, dat drijvende steden wilde ontwikkelen buiten de territoriale wateren (en daarmee buiten het bereik van enige overheid). Zijn bedrijf PayPal was oorspronkelijk eveneens bedoeld om een overheidsmonopolie te doorbreken, namelijk dat op geld. Daarnaast steekt hij geld in onderzoek naar levensverlenging door biomedische technologie.

Thiel is evangelisch christen en homoseksueel. Zijn geardeheid werd in 2007 publiek gemaakt door het roddelblog Gawker, dat hij vervolgens te gronde richtte door een rechtszaak van Terry Bollea (Hulk Hogan) tegen Gawker te financieren. **Bron:** https://nl.wikipedia.org/wiki/Peter_Thiel (Geraadpleegd: 19 oktober 2019)

serieus worden genomen. Zij weten wat zij willen, beschikken over miljarden en over zeer veel invloed, en ze worden niet gehinderd door empathie - in ieder geval niet buiten hun directe familie en vriendenkring. (Als het zo uitkomt, proberen zij wel empathie voor te wenden of na te bootsen - soms op een onhandige manier. Dat functioneert dan als retorisch middel, zoals wanneer een gevaarlijke, autoritaire machthebber zich met schattige kleine kinderen op de foto laat zetten.)

Hun jongensdroom van totale alwetendheid en macht is ook die van allerlei gouvernementele machthebbers, met name ook in China. Daar is men het verst gevorderd met de invoering van een systeem van continu, totalitair, geautomatiseerd toezicht op alle burgers.

Er zijn ook veel bewonderaars en navolgers in het Nederlandse bestuurlijke circuit en bedrijfsleven, hoewel die om strategische redenen publiekelijk vroom zeggen dat ze de voortzetting van onze democratische rechtsstaat belangrijk vinden. Deze Nederlanders laten zich inspireren door de wereldwijde activiteiten van de eerder genoemde "grote jongens" en proberen die aan te grijpen om ook in Nederland vergelijkbare ontwikkelingen door te zetten en daarbij een graantje mee te pikken. Op dit moment gebeurt dit onder andere op het gebied van OV-data. Maar bijvoorbeeld ook in de energie-sector ("slimme" meters); de pogingen om contant geld af te schaffen zodat mensen volledig afhankelijk worden van digitale systemen waarmee elke betalingshandeling gemonitord kan worden; pogingen om mensen het "*internet of things*" op te dringen, etc. etc.

Kortom, het is nu, ruim zeventig jaar nadat er op een gruwelijke manier grenzen op het gebied van humaniteit werden overschreden, opnieuw echt menens, ook in Nederland. Ik verzoek uw Afdeling om op dit punt zeer alert te zijn. U bent nu nog in een positie waarin u met uw uitspraken grenzen kunt stellen. Als u dat niet tijdig doet, wordt de situatie onbeheersbaar, ook voor het hoogste bestuursrechtelijke college van onze (formeel nog) democratische rechtsstaat.

Vraag: Als u enerzijds zou uitgaan van meegaande, Nederlandse polder-wetgeving die juridische obstakels voor alle in dit scenario genoemde stappen één voor één wegneemt, maar anderzijds ook zou uitgaan van een onveranderd Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) - dan is het de vraag waar uw Afdeling in dat geval de grens van rechtmatigheid zou leggen met betrekking tot de stappen van het hierboven geschetste scenario. Welke van de genoemde stappen wordt door artikel 8 van het huidige EVRM (eerbiediging van ieders persoonlijke levenssfeer) nog wel toegestaan, en welke niet meer?

Om te beginnen: staat artikel 8 van het EVRM naar de mening van uw Afdeling toe dat de in het scenario genoemde stappen (3) t/m (5) worden gezet? Dat is relevant, omdat deze stappen op dit moment in de realiteit al zijn gezet.

Waar ligt de grens? Van één ding kunt u zeker zijn: de jongens met de "jongensdromen", ongeacht of ze bij de overheid werken of in het bedrijfsleven, zullen ook in Nederland steeds verder gaan, en zich daarbij weinig aantrekken van ethische grenzen zolang uw Afdeling geen grens stelt, inclusief een grens aan de weigeringen van de Nederlandse toezichthouder om effectief te handhaven.

Angst voor het onbekende als drijfveer voor alles willen weten

Behalve door irrationele machtsaspiraties, wordt de jongensdroom ook gedreven door een even irrationele angst voor het onbekende. Hoewel irrationeel, is die angst op zich heel begrijpelijk. Lang geleden zaten groepen mensen in het donker rond een kampvuur. Er waren nog geen grote

sociale structuren en instituties. Alles wat buiten de lichtcirkel van het vuur viel, was in wezen onbekend. Ieder moment konden zich aan de rand van de lichtcirkel dreigingen manifesteren. Dat hoorde bij het leven, en vormde geen aanleiding voor vroegtijdige paniek. Maar op de achtergrond was de mogelijkheid van gevaar wel steeds aanwezig. Het is dus begrijpelijk dat mensen in de loop van millennia hebben geprobeerd om steeds meer dingen steeds vroegtijdiger te weten, om op grond daarvan de toekomst te kunnen voorspellen en zich daarop te kunnen voorbereiden.

In de huidige situatie zijn we op een punt gekomen dat deze drang om sneller meer te weten, die vanuit een evolutionair gezichtspunt volstrekt begrijpelijk is, zich in sommige gevallen tegen onszelf begint te keren. Een interessante inleiding over dit onderwerp geeft het boek *Forbidden Knowledge* van Roger Shattuck. Een enkel citaat:

A phalanx of official societies and institutions and universities devote themselves to basic research. Technology and engineering are defined as applications of a purer and more basic knowledge. In an issue of *Daedalus* devoted to "The Limits of Science" (Spring 1978), the essay of the molecular biologist David Baltimore argues strongly against any limits on pure science. (...) "I want to make a crucial distinction. The arguments [for unrestrained freedom] pertain to basic scientific research, not to the technological application of science. As we go from the fundamental to the applied, my arguments fall away." But shall we ever be able to draw a firm line - or even a rough line - between discovery and application? (...) At the end of the twentieth century, few problems grip us more importunately than this one.¹⁰

Twintig jaar na de verschijning van dat boek hebben de revolutionaire ontwikkelingen in ICT-technologie dit probleem nog veel groter gemaakt. Ging het zeventig jaar geleden nog over onderzoek dat een atoombom opleverde waarmee wij onzelf kunnen vernietigen, tegenwoordig gaat het om onderzoek dat ons technologie oplevert waarmee wij onze eigen menselijkheid kunnen vernietigen door onszelf te reduceren tot fysieke en geestelijke gevangenen van geautomatiseerde processen die worden aangestuurd door algoritmen zonder enige empathie of humaniteit, en mensen die hun verantwoordelijkheidsgevoel hebben afgeschoven naar die algoritmen. Uiteindelijk betalen wij niet met onze "data", maar met onze menselijkheid.

Dat is waar de voorstanders van onbeperkte toegang tot OV-data op aansturen. Een systeem van totale beheersbaarheid van mensen door middel van fysieke poortjes en hekken, financiële drukmiddelen om mensen te dwingen al hun individuele reisbewegingen te laten volgen, en vervolgens financiële drukmiddelen en propaganda om het gedrag van individuele reizigers steeds meer tot in detail te reguleren. Het wachten is op de eerste wetgeving die het recht en de vrijheid om met het openbaar vervoer te reizen, aan bepaalde voorwaarden bindt, bijvoorbeeld dat je een betaalde baan hebt als je in de spits wilt reizen. En vervolgens hoe hooggekwalificeerd die betaalde baan is. China heeft al duidelijke stappen in die richting gezet met het Krediet-score-systeem, waarbij niet alleen je maatschappelijke positie, maar ook je gehoorzaamheid aan het autoritaire regime, en zelfs je onwillekeurige reacties (gezichtsuitdrukking, nuances in taalgebruik) op bepaalde maatregelen of uitlatingen van het regime invloed hebben op je rechten en vrijheden.

De propaganda die wordt gevoerd, is in Nederland soms al vergelijkbaar met die in China. Een voorbeeld daarvan is de propaganda die TransLink Systems (TLS) voert, zoals ik heb beschreven in

¹⁰ Roger Shattuck, *Forbidden Knowledge - From Prometheus to Pornography*, 1996, pp. 179-180.

mijn eerder genoemde impressie van het rondetafelgesprek van de Tweede Kamer op 10 september 2019.¹¹ Daarin uit TLS zich in bijna religieuze termen over haar eigen nobele doelen. Als die propaganda volledig slaagt, wordt daarmee niet alleen de weerstand van de OV-reiziger tegen de onteigening van zijn persoonsgegevens weggenomen, maar gaat de OV-reiziger zelf ook geloven in de voortreffelijkheid van het verlies van privacy en de steeds verdergaande automatisering van zijn eigen reisbewegingen door middel van algoritmes. Dat is een soort Stockholm-syndroom¹². Dat is in Nederland al in volle gang. Dit proces van gewenning en normalisering wordt uitgebreid beschreven in het standaardwerk op het gebied van privacy-schending door middel van data-verwerking, *The Age of Surveillance Capitalism*.¹³

Drie manieren om je als machteloze burger toch veilig te voelen

In het huidige, zich snel ontwikkelende krachtenveld met betrekking tot afbrokkelende privacy en pogingen om dat met halve maatregelen althans in schijn een beetje tegen te gaan, ter geruststelling en pacificering van burgers, hebben individuele burgers heel weinig invloed op hun eigen situatie. Bijna geen enkele burger is in staat of bereid om te doen wat ik de afgelopen vijf jaar heb gedaan, namelijk mijn privacy consequent verdedigen.¹⁴

1. Ontkenning

In deze situatie van machteloosheid heeft een individuele burger in essentie drie manieren om zich toch een beetje veilig te voelen. De eerste manier is om te ontkennen wat er gebeurt (struisvogelpolitiek). Die ontkenning kan op twee manieren. Je kunt het feit ontkennen dat je privacy (ernstig) geschonden wordt. Of je kunt ontkennen dat het erg is dat je privacy geschonden wordt, door de mening aan te hangen dat je geen serieus risico loopt, ondanks het feit dat allerlei partijen jouw privé-sfeer en die van andere mensen binnendringen en de daar verzamelde informatie gebruiken om zowel individuen als de samenleving als geheel te beïnvloeden.

2. Ethische zombificering - ontkenning van de waarde van de mens

De tweede manier om je veilig te voelen, noem ik "ethische zombificering" (zelfverdooving). Dit is ook een vorm van ontkenning, maar wel één die verder gaat dan de eerste twee. Want in dit geval ontken je dat je het zelf, als mens, überhaupt waard bent om beschermd te worden. Dit is het standpunt dat ik vorig jaar hoorde in de eerder genoemde uitlatingen van die senior-beleidsmedewerker van een decentrale overheid die zich met OV bezighoudt. Een mens is in deze opvatting niet meer waard dan een machine of robot, en dus geeft het niet als de mens door intelligente machines wordt vervangen.

11 M. Jonker, *OV-data-jacht: op weg met surveillance corporatism*, paragraaf 8, pp. 20-22.

12 Stockholm-syndroom: geloof in de ideologie van degenen die jou hebben gekidnapt en nu gevangen houden.

13 Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism - the Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Hachette Book Group, 2019. Zuboff beschrijft de zogeheten "onteiningscyclus", inclusief een fase van afgedwongen gewenning aan het verlies van privacy, als stap op weg naar de "normalisering" daarvan. Zie o.a. pp. 138-155. De advocaat van NS noemde dit boek tijdens de zitting van de rechtbank op 20 augustus jl. "onleesbaar". Ik heb het zelf met grote interesse gelezen, en bevind me op dat punt in zeer goed gezelschap. Zie m.b.t. normalisering en herdefinitie voorts par. 4.6.4, punten (4) en (5); par. 4.8.3, punt (3); en par. 4.9.

14 Een enigszins kansrijke verdediging van je eigen privacy vereist in het huidige krachtenveld een combinatie van tijd, energie, juridische en andere kennis, analytisch vermogen en schriftelijke uitdrukkingsvaardigheid waarover slechts weinig mensen in de praktijk beschikken. En dan nog heb ik na vijf jaar mijn doel nog niet bereikt. Bovendien heb ik sinds najaar 2018 moeten berusten (aanvankelijk "vooralnog") in verschillende aantastingen van mijn privacy, omdat ik als gevolg van de weigerachtigheid van de AP in mijn eentje niet nog meer handhavingprocedures tegelijk kon voeren. Zo wordt de privacy van burgers met een cumulatie van schendingen onder de voet gelopen.

Deze gedachte sluit aan bij een denkrichting die zich "transhumanisme" noemt. Transhumanisten willen de menselijke conditie met behulp van technische middelen overstijgen, en dus eigenlijk mensen ombouwen tot "supermensen". Zij beschouwen zichzelf als humanistisch maar negeren daarbij de implicaties van hun eigen ideaalbeeld.¹⁵ Zij stellen het bijvoorbeeld niet op prijs als er een verband gelegd wordt tussen hun eigen ideaal om mensen tot supermensen te transformeren en het geloof van Nazi's in het bestaan van "Übermensen".

Aan het verlangen naar en geloof in een transformatie tot supermens, ligt mijns inziens een onbewuste angst ten grondslag voor de kwetsbaarheid die inherent is aan de menselijke conditie. Het is een vorm van escapisme, maar wel een zeer gevaarlijke vorm als men gaat proberen deze utopie daadwerkelijk te gaan realiseren met behulp van technologie die men geleidelijk en stapsgewijs probeert op te leggen aan alle medemensen.

3. Terugtrekking in een tijdelijk toevluchtsoord

Een derde manier om machteloosheid ten aanzien van structurele invasie van je privé-sfeer draaglijker te maken, is om je terug te trekken in een toevluchtsoord dat nog niet is aangetast. Het kan dan gaan om een fysiek toevluchtsoord (mensen die *off-grid* gaan) of een geestelijk toevluchtsoord ("Mijn gedachten kan gelukkig niemand lezen - als ik me gedeisd houd").

In beide gevallen is er sprake van tijdelijke, imperfecte oplossingen. De fysieke eilandjes van onbespiedheid in de wereld worden steeds kleiner. En in verschillende delen van de wereld (waaronder de VS en China) worden al experimenten gedaan met het geautomatiseerd analyseren van waarneembare verschijnselen die een indicatie zouden kunnen geven van de privé-gedachten en emoties van mensen. Het idee is uiteraard om die "indicatoren" ook te gebruiken.

De enige manier om zulke individuele toevluchtsoorden, en daarmee respect voor de persoonlijke levenssfeer van mensen, duurzaam te beschermen, is door ze ook als gemeenschap te gaan beschermen, in de vorm van respect voor, en recht op privacy. En wel op een effectieve manier, dus niet alleen formeel, in naam, maar daadwerkelijk.

Het belang van een structureel toevluchtsoord voor elk mens

In *The Age of Surveillance Capitalism* besteedt Zuboff een hoofdstuk aan het belang van een werkelijk toevluchtsoord ("*sanctuary*"). Hierin beschrijft zij onder andere de consequentie als het bewakingskapitalisme niet wordt getemd en er aan mensen geen privé-sfeer, geen toevluchtsoord meer wordt gelaten:

What life is left to us if taming fails? Without protection from surveillance capitalism and its instrumentarian power - their behavioral aims and societal goals - we are trapped in a condition of "no exit", where the only walls are made of glass. The natural human yearning for refuge must be extinguished and the ancient institution of sanctuary deleted.¹⁶

15 De aanhangers van deze filosofie noemen zich 'transhumanisten' en beweren dat de mens is beland in het post-Darwin tijdperk en zijn evolutie in eigen hand kan gaan nemen. Transhumanisten onderschrijven over het algemeen de standpunten van het traditionele humanisme maar beogen wel het tot de uiterste grens te verkennen en zelfs te overstijgen. Zij propageren dat de mens zich fysiek zal en moet *verbeteren* of, naar analogie met computers en software, *upgraden* met technieken als nanotechnologie, genetische manipulatie en vergaande integratie van computertechniek in het menselijk lichaam. Het doel waar transhumanisten naar streven is om *posthumanisten* te worden. Bron: <https://nl.wikipedia.org/wiki/Transhumanisme> (geraadpleegd: 18 oktober 2019)

16 Zuboff, p. 488.

Zuboff beschrijft onder andere de volgende elementen van een situatie waarin privacy ontbreekt:

- Het omzeilen van vertrouwen (als basis voor contracten tussen mensen) ten gunste van de radicale onverschilligheid van (afgedwongen) quasi-contracten;
- De eliminatie van zelfstandig moreel beoordelingsvermogen van mensen ten gunste van ongehinderde controle over mensen;
- Het geleidelijk wegzuigen van de wil van mensen om zelf nog iets te willen, door middel van allerlei controle- en beïnvloedingssystemen - het levert minder pijn en moeite op om niets meer te willen, maar gewoon de dictaten van het systeem te volgen. Men wordt "murw" gemaakt.

Het OV-chipkaart-systeem met zijn hekken, poortjes en afgedwongen menselijke bewegingen (check-in, check-out, check-in, check-out) waarmee iedere OV-gebruiker telkens wordt gedwongen als een circusdier door een hoepeltje te springen, is een voorbeeld van hoe er stapsgewijs wordt gewerkt aan de afschaffing van vertrouwen, morele autonomie en zelfstandige menselijke wil.

Zuboff vervolgt:

In the absence of synthetic declarations [d.w.z. coherente stellingnames van de gemeenschap] that secure the road to a human future, the intolerability of glass life turns us toward a societal arms race of counter-declarations in which we search for and embrace increasingly complex ways to *hide in our own lives*, seeking respite from lawless machines and their masters.¹⁷

In de twintigste eeuw hebben zowel Nazistische als Communistische machthebbers op diverse, brute manieren gepoogd burgers hun menselijkheid te ontnemen en ze in een glazen huis te plaatsen, om ze volledig te kunnen controleren. (Aspirant-)machthebbers in de eenentwintigste eeuw gaan vaak voorzichtiger en sluwder te werk. Dat is zowel een positief als een negatief signaal.

Het positieve eraan is dat deze (aspirant-)machthebbers het niet meer zo openlijk kunnen doen als hun voorgangers tachtig, negentig jaar geleden. Het negatieve eraan is dat het moeilijker is je te verweren tegen een vijand die zichzelf op meer geavanceerde manieren camoufleert, en zijn werkelijke drijfveren en doelen ontkent (in veel gevallen vermoedelijk ook tegenover zichzelf).

Dit hoger beroepschrift is onder andere een poging die vijand iets beter zichtbaar te maken - voor uw Afdeling, maar ook voor een groter publiek. Mocht uw Afdeling, net als de AP en de rechtbank, falen in het tijdig onderkennen en beteugelen van deze vijand van de democratische rechtsstaat ("*Peace for our time*"), dan zal ik moeten nadenken hoe ik met de dan ontstane situatie het beste kan omgaan.

Overall om u heen kunt u de tekenen aan de wand zien. De klimaatcrisis, een economische crisis, een crisis van democratie en mensenrechten, en een geopolitieke crisis - ze zijn aan de horizon al zichtbaar. Uw Afdeling heeft nu een keuze. U kunt pretenderen dat het "*business as usual*" is en wat schuiven met de stoelen op het dek van het schip van onze in naam nog steeds democratische rechtsstaat. Of u kunt iets doen waarmee u het door mij onder uw aandacht gebrachte lek in dat schip dicht, en ons zo weer een iets betere kans geeft de komende stormen te doorstaan.

¹⁷ Zuboff, p. 489.

2 Procesverloop

2.1 Voorafgaand aan mijn handhavingsverzoek aan de AP

Bij brief van 17 juni 2014 (dossiernr AP: z2014-00438) verzoekt Jonker de AP om advies en hulp inzake een viertal schendingen van zijn privacy. Eén van die schendingen betreft de wijze waarop NS Reizigers BV Jonker discrimineert op grond van diens wens om ook na 9 juli 2014 met behoud van privacy te blijven reizen.

Bij brief van 11 juli 2014 geeft de AP aan Jonkers brief als een “signaal” te beschouwen, maar geen actie te ondernemen, in hoofdzaak vanwege de beperkte personele capaciteit van de AP.

Bij brief van 28 juli 2014 spreekt Jonker hierover zijn teleurstelling uit.

Bij brief van 19 november 2014 stelt Jonker de AP op de hoogte van het feit dat hij over de handelwijze van NS een klacht heeft ingediend bij de Geschillencommissie OV, en verzoekt opnieuw om hulp (dossiernr AP: z2014-00891).

Bij brief van 19 december 2014 (dossiernr. AP: z2014-00891) bedankt de AP Jonker voor deze “tip”/ dit “signaal” en geeft nadere uitleg over de werkwijze van de AP, met name over het feit dat de AP Jonker niet op de hoogte zal stellen als de AP eventueel besluit om in deze kwestie actie te ondernemen (bijvoorbeeld een onderzoek).

Bij brief van 22 december 2014 verzoekt Jonker de AP om in de casus met betrekking tot NS zijn werkwijze zodanig aan te passen dat er in de procedure bij de Geschillencommissie een gelijk speelveld ontstaat tussen NS en Jonker, en Jonker niet op informatie-achterstand wordt gezet (dossiernr. AP: z2014-00985).

Bij brief van 14 januari 2015 verzoekt de AP Jonker om telefonisch contact op te nemen (dossiernr. AP: z2014-00985).

Op 21 januari 2015 vindt een telefoongesprek plaats tussen een front-office-medewerker/publieksvoorlichter van de AP en Jonker, waarin Jonker aan het eind aangeeft geen volledige duidelijkheid te hebben gekregen over de werkwijze van de AP.

Bij brief van 26 januari 2015 verzoekt de AP Jonker opnieuw telefonisch contact op te nemen (dossiernr. AP: z2015-00891, waarschijnlijk een typefout en is er bedoeld: z2014-00891).

Bij brief van 28 januari 2015 licht Jonker nader toe waarom en op welke punten hij nog behoefte heeft aan verduidelijking over de werkwijze van de AP.

Op 3 en 4 februari 2015 vindt er een emailwisseling plaats tussen een back-office-medewerker/jurist van de AP en Jonker over mogelijkheden voor nadere uitleg van de kant van de AP.

Op 10 februari 2015 vindt er een telefoongesprek plaats tussen deze medewerker van de AP en Jonker, waarin de AP zijn werkwijze nader verduidelijkt. De AP laat zich ontvallen dat de mogelijkheid bestaat om op grond van artikel 60 Wbp een klacht in te dienen waar de AP wèl mee aan de slag moet. Jonker vraagt zich af waarom de AP ervoor gekozen heeft Jonkers eerdere verzoeken om hulp uitsluitend als “signalen” te interpreteren, niet na te gaan of er wellicht sprake was van een klacht in de zin van artikel 60 Wbp, en Jonker niet te wijzen op de mogelijkheid zo’n klacht/handhavingsverzoek in te dienen.

Bij brief van 10 februari 2015 stuurt Jonker de betreffende medewerker van de AP, zoals afgesproken, een verslag van het telefoongesprek op die dag. Er is afgesproken dat de medewerker Jonker schriftelijk zal laten weten in hoeverre de AP kan instemmen met zijn weergave van het gesprek.

2.2 Vanaf het moment van mijn handhavingsverzoek aan de AP t/m besluit op bezwaar

Bij brief van 21 februari 2015 dient Jonker bij de AP een “handhavingsverzoek” in op grond van artikel 60 Wbp.¹⁸

Bij brief van 11 maart 2015 reageert de back-office-medewerker/jurist van de AP zoals afgesproken op Jonkers weergave van het telefoongesprek op 10 februari en geeft aan zich in grote lijnen te kunnen vinden in Jonkers weergave, maar wijst er tevens op dat Jonker aan zijn weergave geen rechten kan ontlenen (dossiernr. AP: z2014-00985).

Bij brief van 7 april 2015 besluit de AP Jonkers handhavingsverzoek af te wijzen (dossiernr. AP: z2015-00181).

Bij brief van 13 april 2015 dient Jonker tegen het besluit bezwaar in.

Bij brief van 24 april 2015 licht Jonker zijn bezwaarschrift nader toe, met name preciseert hij zijn verzoek aan de AP. Hij vermeldt de telefonische bevestiging van de AP dat de stukken in de dossiers waarnaar hij in zijn verzoekschrift en zijn bezwaarschrift naar verwees (zaaknummers AP: z2014-00438, z2014-00891 en z2014-00985) door de AP zullen worden beschouwd als onderdeel van zijn bezwaarschrift.

Op 30 april 2015 vindt bij de AP een hoorzitting plaats waarin Jonker vragen van de AP beantwoordt. Hiervan wordt door de AP een verslag gemaakt. Jonker zal de gelegenheid krijgen schriftelijk commentaar te leveren op het concept-verslag. De AP geeft Jonker tot 29 mei de gelegenheid zijn bezwaar n.a.v. de hoorzitting nader toe te lichten.

Bij brief van 17 mei 2015 licht Jonker zijn bezwaar nader toe in het licht van hetgeen tijdens de hoorzitting ter sprake is gekomen. Ook levert hij schriftelijk commentaar op het concept-verslag.

18

De AP interpreteert mijn verzoek d.d. 21 februari 2015 op pagina 4 van zijn besluit op bezwaar correct als een beroep op artikel 60 jo. 65 Wbp, dat wil zeggen als een verzoek om mijn klacht te onderzoeken (art. 60) en, indien deze terecht blijkt, handhavende maatregelen te treffen (art. 65). Voorafgaand aan het besluit op bezwaar (13 augustus 2015) heeft de AP een “verkennend” onderzoek uitgevoerd, hetgeen door de AP als iets anders wordt beschouwd dan een onderzoek ex artikel 60 Wbp, dat volgens de AP dus nog niet heeft plaatsgevonden.

Kort daarna neemt de AP de door Jonker voorgestelde correcties, nuanceringen en aanvullingen over in het definitieve verslag.

Bij brief van 18 juni 2015 deelt de AP aan Jonker mee de beslissing op zijn bezwaarschrift met maximaal zes weken uit te stellen.

Bij brief van 13 augustus 2015 stuurt de AP zijn besluit op bezwaar aan Jonker toe. De AP verklaart het bezwaar ongegrond, omdat NS volgens de AP een wettelijke grondslag heeft voor de verwerking van de persoonsgegevens, te weten onderdeel b van artikel 8 Wbp.

2.3 Eerste beroepprocedure bij de rechtbank (*privacy-discriminatie*)

Bij brief van 10 september 2015 stelt Jonker beroep in bij de Rechtbank Gelderland.

Bij brief van 7 oktober 2015 vult Jonker zijn beroep bij de rechtbank aan naar aanleiding van het arrest van het Europese Hof van Justitie op 6 oktober 2015 met betrekking tot prejudiciële vragen van het Ierse hooggerechtshof inzake de zaak Schrems vs. Data Protection Commissioner (bewaren persoonsgegevens door Facebook in de Verenigde Staten in relatie tot het "Safe Harbour"-verdrag).

Bij brief van 20 oktober 2015 verzoekt de AP aan de rechtbank onder andere om schorsing van de behandeling van het beroep in afwachting van een uitspraak (arrest) van het Hof van Justitie van de Europese Unie in antwoord op een verzoek van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRS) om beantwoording van prejudiciële vragen m.b.t. de vraag of de AP behandeling van een handhavingsverzoek achterwege kan laten indien het verzoek slechts is ingediend door één of enkele personen.

Bij brief van 27 oktober 2015 vult Jonker zijn beroep aan in reactie op de brief van de AP van 20 oktober. Jonker betoogt, mede met verwijzing naar de uitspraak van het Europese Hof van Justitie in de zaak-Schrems, waarom er geen aanleiding bestaat voor enige schorsing van de behandeling van zijn beroep.

Bij brief van 25 november 2015 deelt de rechtbank aan Jonker mee dat de rechtbank NS en Trans Link Systems BV (TLS) heeft aangemerkt als belanghebbenden bij het beroep.

Bij brief van 27 november 2015, gericht aan de rechtbank, voert Jonker aan dat NS en TLS niet beschouwd moeten worden als belanghebbenden bij zijn beroep. Ook verzoekt Jonker om een meer zorgvuldige omgang van de kant van de AP en de rechtbank met zijn privacy, omdat hij slechts op het nippertje telefonisch heeft kunnen voorkomen dat de rechtbank privé-informatie die door de AP ten onrechte was aangeleverd, zonder noodzaak naar NS doorstuurt.

Bij brief van 9 december 2015 van de rechtbank aan de AP, in afschrift aan Jonker:

- stuurt de rechtbank aan de AP het door de AP ingezonden dossier terug en verzoekt de AP om het dossier opnieuw in te sturen, na aanpassingen om de privacy van Jonker te respecteren;
- deelt de rechtbank mee dat NS en TLS "voorlopig" als belanghebbenden zijn aangemerkt; en

-- verzoekt aan de AP om binnen vier weken (uiterlijk 6 januari 2016) op de brief te reageren.

Bij brief van 29 december 2015 stuurt de AP aan de rechtbank:

- het verweerschrift van de AP;
- aanvullende documenten;

In de brief gaat de AP niet in op de vraag naar de eventuele belanghebbendheid van NS en TLS.

Bij brief van 4 januari 2016 stuurt de rechtbank een afschrift/exemplaar van de brief en het verweerschrift van de AP door naar Jonker.

Bij brief van 5 januari 2016 stuurt de AP (voorheen t/m 31 december 2015: CBP) het dossier opnieuw naar de rechtbank, dit keer geschoond van onnodige persoonsgegevens met betrekking tot Jonker.

Bij brief van 12 januari 2016 stuurt de rechtbank een afschrift/exemplaar van het geschoonde dossier door naar Jonker.

Bij brief van 25 januari 2016 vult Jonker zijn beroepschrift aan. In de brief behandelt Jonker o.a.:

- de consequenties van het ontbreken van een reactie van de AP op de mededeling van de rechtbank dat NS en TLS “voorlopig” waren aangemerkt als belanghebbende;
- het verweerschrift van de AP;
- het beleid van de AP, nu inclusief het “rijksbrede beleid van selectief toezicht”.

Ook vult Jonker in deze brief zijn verzoek aan de rechtbank aan.

Bij brief van 11 februari 2016 tekent Jonker bij de rechtbank protest aan tegen het feit dat de rechtbank, zonder Jonker daarvan in kennis te stellen, niet alleen de AP, maar ook NS in de gelegenheid heeft gesteld argumenten naar voren te brengen m.b.t. de belanghebbendheid van NS. Dit blijkt uit een brief van NS d.d. 8 februari 2016 aan de rechtbank, door NS in afschrift ook aan Jonker verzonden.

Bij brief van 22 februari 2016 deelt de Rechtbank Gelderland aan Jonker mee dat de geplande zittingsdatum op 15 maart 2016 verval, omdat de rechtbank besloten heeft de zaak door een meervoudige kamer te laten behandelen.

Bij brief van 31 maart 2016 vult Jonker zijn beroepschrift nader aan, in het licht van het feit dat de rechtbank NS definitief als belanghebbende lijkt te hebben aangemerkt. Jonker verzoekt subsidiair dat de rechtbank, indien NS door de rechtbank als belanghebbende wordt aangemerkt (waarmee de rechtbank helaas ultra petita gaat), de rechtbank in dat geval de AP gelast om een handhavingsbesluit te treffen ten aanzien van NS, strekkende tot het opleggen van een last onder herstelsancties.

Op 7 juli 2016 behandelt de Rechtbank Gelderland het beroep ter zitting.

Op 16 augustus 2016 doet de rechtbank uitspraak in de zaak (ECLI:NL:RBGEL:2016:4553), verklaart het beroep van Jonker gegrond en draagt de AP op om, naar aanleiding van Jonkers handhavingsverzoek, alsnog meer uitgebreid onderzoek te doen, zoals bedoeld in artikel 60 Wbp.

2.4 Eerste hoger beroep bij de Afdeling Bestuursrechtspraak (*privacy-discriminatie*)

Bij brief van 13 september 2016 dient de AP pro forma hoger beroep in bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRS).

Bij brief van 22 september 2016 dient Jonker hoger beroep in bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRS). Jonker stemt in met de opdracht aan NS om meer onderzoek te doen, maar vindt dat ook de reeds bekende feiten tot de conclusie hadden moeten leiden dat er voor de AP een plicht bestaat om over te gaan tot de voorbereiding van handhavingsmaatregelen (in casu het kenbaar maken van een voornemen tot handhaving aan NS).

Op 3 november 2016 motiveert de AP haar hoger beroep bij de ABRS. De AP betoogt onder andere dat de rechtbank weliswaar opdracht mocht geven tot het doen van meer onderzoek, maar geen opdracht had mogen geven tot een onderzoek zoals bedoeld in artikel 60 Wbp, omdat de rechtbank daarmee de beleidsarrangementen (m.b.t. fasering van afhandeling van handhavingsverzoeken) van de AP verstoort en op die manier op de stoel van de bestuurder gaat zitten.

Bij brief van 14 november 2016 (z2016-13437) stuurt de AP aan Jonker een weergave van de door hem aangedragen alternatieven voor de sinds 9 juli 2014 door NS in gang gezette praktijk, en verzoekt Jonker om binnen twee weken te laten weten of dat een juiste weergave is. Dit met het oog op het door de AP in opdracht van de rechtbank in gang gezette onderzoek, waarbij de implicaties van het subsidiariteitsprincipe mede in beschouwing worden genomen.

Bij brief van 24 november 2016 antwoordt Jonker aan de AP. Jonker wijst erop dat de AP een eigen plicht heeft om mogelijke alternatieven “actief en creatief te onderzoeken”, met het oog op het subsidiariteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Tevens verzoekt Jonker de AP om bij haar onderzoek het feit de betrekken dat de “anonieme” OV-chipkaart niet werkelijk anoniem is als gevolg van de unieke pasnummers die op (dan wel in) de kaart zijn aangebracht. Jonker wijst op plannen van NS en andere vervoerders om in heel Nederland over te gaan naar een systeem van “ID-based ticketing”, waarmee er van de privacy in het openbaar vervoer niets over zou blijven.

Bij brief van 19 december 2016 (z2016-16598) deelt de AP aan Jonker mee dat de AP Jonkers verzoek om ook de privacy-schending te onderzoeken die voortvloeit uit het aanbrengen en uitlezen van unieke pasnummers op “anonieme” OV-chipkaarten, opvat als een separaat handhavingsverzoek dat afzonderlijk zal worden behandeld.

Bij brief van 6 december 2016, gericht aan de ABRS, reageert Jonker op het hoger beroepschrift van de AP (in de zaak m.b.t. privacy-discriminatie).

Bij brief van 22 december 2016 reageert NS als derde-belanghebbende met een schriftelijke uiteenzetting inzake de hoger beroepen van Jonker en de AP (privacy-discriminatie).

Bij brief van 9 januari 2017 stuurt de ABRS aan Jonker door: een ongedateerd verweerschrift van de AP naar aanleiding van het hoger beroep van Jonker.

Bij brief van 16 februari 2017 stuurt Jonker aan de ABRS: een reactie op de schriftelijke uiteenzetting van NS (22 december 2017) en een reactie op het verweerschrift van de AP (9 januari 2017).

Bij brief van 1 juni 2017 deelt de ABRS aan Jonker (en naar mag worden aangenomen, ook aan de AP en NS) mee dat de hoger beroepen op 4 september 2017 ter zitting zullen worden behandeld.

Bij brief van 6 juni 2017 verzoekt Jonker aan de AP om informatie over de voortgang van de onderzoeken naar privacy-discriminatie OV-chipkaart (n.a.v. handhavingsverzoek 21 februari 2015 – geplande zitting ABRS op 4 september 2017) en naar unieke pasnummers OV-chipkaart (n.a.v. brief Jonker 24 november 2016, door AP opgevat als separaat handhavingsverzoek).

Bij brief van 13 juni 2017 vraagt de ABRS aan de AP naar de voortgang van het in opdracht van de rechtbank in uitvoering zijnde onderzoek van de AP naar privacy-discriminatie OV-chipkaart.

Bij brief van 20 juni 2017 deelt de AP aan Jonker mee naar verwachting “nog enige tijd nodig te hebben”, en naar verwachting **eind september 2017** een beslissing te nemen op Jonkers bezwaar inzake zijn eerste handhavingsverzoek (privacy-discriminatie VDU en GTBV).

Bij brief van 23 juni 2017 deelt de AP aan de ABRS mee naar verwachting **uiterlijk 1 september 2017** een herziene beslissing te zullen nemen op Jonkers bezwaar inzake zijn eerste handhavingsverzoek.

Bij brief van 29 juni 2017 geeft de AP aan NS de gelegenheid om op een "rapport van voorlopige bevindingen" te reageren, dat aan de basis zal liggen van het herziene besluit op bezwaar. Jonker wordt door de AP niet op de hoogte gesteld van het bestaan van dit rapport.

Bij brief van 23 augustus 2017 deelt de AP aan de ABRS mee dat het “niet haalbaar is” om uiterlijk 1 september 2017 een herziene beslissing te nemen op Jonkers bezwaar inzake zijn eerste handhavingsverzoek (privacy-discriminatie VDU en GTBV). Als reden geeft de AP aan dat Jonker door de AP nog niet in de gelegenheid is gesteld te reageren op de onderzoeksbevindingen van de AP. “Een nieuw besluit op bezwaar is daardoor niet te verwachten voorafgaand aan de behandeling van het hoger beroep van de AP door de Afdeling op 4 september aanstaande”. **Later zal blijken dat de AP een eerste versie van het bevindingenrapport al in juni 2017 had voorgelegd aan NS en dat NS had aangegeven zich met de inhoud daarvan te kunnen verenigen.**

Op 4 september 2017 worden de hoger beroepen van de AP en Jonker door de ABRS ter zitting behandeld.

Bij brief van 8 september 2017 stuurt de AP aan Jonker het bevindingenrapport van de AP toe en stelt hem in de gelegenheid om op 27 september 2017 te worden gehoord ten kantore van de AP. Ook deelt de AP Jonker mee dat hij tot en met uiterlijk 15 september (“tot de elfde dag voor de zitting”) de gelegenheid krijgt om er schriftelijk op te reageren.

Bij brief van 12 september 2017 verzoekt Jonker om een **verlenging van de termijn** voor een schriftelijke reactie op het bevindingenrapport, omdat de door de AP nu gestelde termijn niet redelijk is. Tevens verzoekt Jonker de AP om een verduidelijking inzake de wijze waarop de AP wil

omgaan met de **vertrouwelijkheid** rond het bevindingsrapport, en om verduidelijking over de wijze waarop de AP wil **omgaan met de uitspraak die de ABRS naar verwachting binnenkort zal doen** in de zaak. Ook stelt Jonker een voorwaarde aan het maken van een **geluidsopname** ter zitting op 27 september bij de AP.

Bij brief van 15 september 2017 bericht de AP aan Jonker dat de AP, gezien de korte periode tot de hoorzitting “coulant zal omgaan met een eventuele nadere schriftelijke reactie” van Jonkers kant. Voor wat betreft haar omgang met de binnenkort verwachte uitspraak van de ABRS, verwijst de AP naar haar verplichting op grond van artikel 6:19 Awb om haar beslissing aan de ABRS toe te sturen, zodat de ABRS kan beoordelen of zij aanleiding ziet om die beslissing te betrekken bij de lopende procedure van het hoger beroep. Mocht de ABRS uitspraak doen voorafgaand aan het herziene besluit op bezwaar, dan zal de AP die uitspraak betrekken bij het te nemen besluit op bezwaar.

Bij brief van 17 september 2017 stelt Jonker de ABRS op de hoogte van risico's voor de procesorde die hij waarneemt in verband met de “timing” van de AP als het gaat om het toesturen van bevindingsrapport aan Jonker en de verschillende uitspraken van de AP richting Jonker en richting ABRS ten aanzien van haar “verwachtingen” over het tijdstip waarop de AP een besluit op bezwaar zal nemen. Jonker onderbouwt dit met een analyse van de implicaties van de artikelen 6:18, 6:19 en 8:69 Awb en verwijst naar het internationaal- en Europeesrechtelijk verankerde recht op een eerlijk proces.

De ABRS laat deze brief van Jonker buiten beschouwing en retourneert hem aan Jonker.

Op 20 september 2017 doet de ABRS uitspraak in het hoger beroep (ECLI:NL:RVS:2017:2555). De ABRS verklaart het hoger beroep van de AP gegrond voor wat betreft het bezwaar van de AP tegen de opdracht om een onderzoek ex art. 60 Wbp uit te voeren (het mag van de ABRS ook een meer uitgebreid onderzoek op een andere grondslag zijn, als de AP dat wil op grond van eigen beleid), maar bevestigt voor het overige de uitspraak van de rechtbank. De ABRS verklaart het hoger beroep van Jonker ongegrond, zonder een uitspraak te doen over de implicaties van de feiten die Jonker heeft aangevoerd. De ABRS oordeelt alleen dat de AP zich in haar oorspronkelijke besluit op bezwaar (13 augustus 2015, voorafgaand aan nader onderzoek) met het oog op haar eigen faseringsbeleid nog niet hoefde uit te spreken over de vraag of uit de reeds voorhanden feiten een plicht tot handhaving voortvloeide.

2.5 Na de uitspraak van de afdeling Bestuursrechtspraak in het eerste hoger beroep

Bij brief van 25 september 2017 stuurt Jonker aan de AP een reactie op het bevindingsrapport van de AP.

Op 27 september 2017 is Jonker verhinderd voor de hoorzitting van de AP.

Bij brief van 28 september 2017 wijst de AP het door de AP als separaat handhavingsverzoek opgevatte verzoek van Jonker d.d. 24 november 2016 (unieke pasnummers) af.

Bij brief van 16 oktober 2017 dient Jonker pro forma bezwaar in tegen de afwijzing d.d. 28 september 2017 door de AP, inclusief een eerste aanzet tot motivering van zijn bezwaar.

Bij email van 19 november 2017 verzoekt Jonker de AP om informatie over de voortgang ten aanzien van de besluitvorming naar aanleiding van zijn bezwaar (privacy-discriminatie VDU en GTBV). Bij email van 21 november 2017 geeft de AP aan dat er (opnieuw) vertraging is opgetreden, en dat de AP er nu naar streeft om “voor de kerst” een besluit op bezwaar te nemen.

Bij brief van 28 november 2017:

- (1) vult Jonker zijn reactie d.d. 25 september 2017 op het bevindingenrapport aan (privacy-discriminatie VDU en GTBV); en
- (2) vult Jonker de motivering van zijn bezwaarschrift d.d. 16 oktober 2017 aan (unieke pasnummers).

Jonker voert onder andere aan dat de AP ten onrechte de privacy-schending door middel van unieke pasnummers buiten beschouwing heeft gelaten in het door de rechtbank op 16 augustus 2016 opgedragen onderzoek n.a.v. Jonkers handhavingsverzoek van 21 februari 2015.

Bij brief van 22 december 2017 neemt de AP voor de tweede maal een besluit op Jonkers bezwaar d.d. 13 april 2015 (privacy-discriminatie VDU en GTBV), en verklaart diens bezwaar opnieuw ongegrond.

Op 11 januari 2018 houdt de AP een hoorzitting naar aanleiding van Jonkers bezwaarschrift d.d. 16 oktober 2017 (unieke pasnummers). NS en TLS kiezen ervoor niet naar deze zitting te komen. Jonker komt wel en neemt de heer V. Böhre (Stichting Privacy First) als getuige mee.

2.6 Tweede beroepsprocedure bij de rechtbank Gelderland (*privacy-discriminatie*)

Bij brief van 29 januari 2018 gaat Jonker voor de tweede maal in beroep bij de rechtbank Gelderland, ditmaal tegen het herziene besluit op bezwaar van de AP (22 december 2017).

2.7 Derde beroepsprocedure bij de rechtbank Gelderland (*unieke pasnummers*)

Bij brief van 26 februari 2018 wijst de AP Jonkers bezwaar d.d. 16 oktober 2017 af.

Bij brief van 19 maart 2018 (thans voorliggende brief) gaat Jonker voor de derde maal in beroep bij de rechtbank Gelderland, ditmaal tegen het afwijzend besluit d.d. 26 februari 2018 van de AP.

2.8 Gevoegde behandeling in beroep

Bij brief van 7 december 2018 vraagt Jonker de rechtbank om zonder verder uitstel een zittingsdatum voor behandeling van de twee beroepschriften in te plannen, bij voorkeur gevoegd.

Bij brief van 12 december 2018 bericht de rechtbank de partijen dat zij voornemens is beide beroepschriften op 26 maart 2019 ter zitting gevoegd te behandelen.

Bij brief 9 januari 2019 bericht de rechtbank aan partijen dat er een verhindering is en de zitting daarom wordt uitgesteld. Uit telefonisch contact van Jonker met de rechtbank en de AP blijkt dat de AP heeft verklaard verhinderd te zijn, vermoedelijk vanwege een geplande vakantie van één enkele medewerker over drie maanden.

Januari-februari 2019. NS geeft als derde belanghebbende een zeer groot aantal verhinderdagen door in de maanden tot en met juli 2019. Als gevolg daarvan verschuift de rechtbank de behandeling ter zitting uiteindelijk naar 20 augustus 2019.

In een bezwaarprocedure m.b.t. een ander, door de AP eveneens geweigerd handhavingsverzoek krijgt Jonker per email van 15 maart 2019 bericht van de AP over de antwoorden van TransLink Systems (TLS) d.d. 14 maart 2019 op vragen van de AP over gang van zaken m.b.t. persoonsgegevens op de anonieme OV-chipkaart. Hieruit blijkt dat er geen "saldo op de kaart" wordt geladen, zoals tot dusverre jarenlang aan NS-kanten en aan de Tweede Kamer was voorgespiegeld, maar dat het saldo op een bankrekening in de back-office van TLS wordt geregistreerd (als zogeheten "float"). Als gevolg hiervan is het Jonker nu duidelijk dat de zogenaamd "anonieme" OV-chipkaart niet alleen niet anoniem is (als gevolg van de unieke pasnummers), maar bovendien binnen het huidige OV-chipkaart-systeem ook niet anoniem valt te maken.

Bij brief van 16 maart 2019 stuurt Jonker aan de AP een reactie op deze nieuwe informatie in het kader van de bezwaarprocedure in de andere casus.

Bij brief van 5 juli 2019 vult Jonker zijn beide beroepschriften aan naar aanleiding van de twee verweerschriften van de AP en de in maart gearriveerde, nieuwe informatie van TLS. Jonker voegt zijn brief van 16 maart als bijlage bij deze aanvulling de beroepschriften.

Op donderdag 8 augustus 2019 in de avond ontvangt Jonker informatie over een onderzoek van een team van gerenommeerde wetenschappers van de Radboud-universiteit in Nijmegen, waarvan die groep al in 2010 de resultaten had gepresenteerd. Uit dat onderzoek was toen al gebleken dat de "anonieme" OV-chipkaart niet anoniem was en geen privacy bood. Jonker concludeert dat deze onderzoeksresultaten negen jaar lang zijn genegeerd door NS en de andere vervoerbedrijven, door de AP, door de ministeries met verantwoordelijkheid voor het OV, en door de Tweede Kamer.

Bij brief van zondag 11 augustus 2019 , bij de rechtbank aan de balie afgeleverd op maandag 12 oktober om 8:21 uur 's ochtends met het verzoek om de behandelende griffiger hier meteen op te attenderen, vult Jonker zijn beide beroepschriften nogmaals aan, naar aanleiding van de nieuwe informatie over de onderzoeksresultaten van de Radboud-universiteit. Hij voegt een overzicht van de betreffende onderzoeksresultaten (opgesteld door het onderzoeksteam) als bijlage bij deze aanvulling van zijn beroepschriften.

Op 20 augustus 2019 behandelt de rechtbank Jonkers twee beroepschriften ter zitting. De rechtbank kiest ervoor om Jonkers brief van 11 augustus wel bij de te behandelen stukken te voegen, maar de bijlagen niet.

Op 5 september 2019 doet de rechtbank uitspraak en verklaart beide beroepen ongegrond.

2.9 Het temporiseren van de AP

Uit het relaas van het procesverloop in de voorafgaande paragrafen blijkt dat de AP in deze casus op verschillende, voor mij nadelige manieren heeft getemporeerd. Ik noem er hier drie:

(1) Mijn eerste verzoek om "hulp" (17 juni 2014) werd door de AP ten onrechte niet opgevat als handhavingsverzoek. Ook vertelde de AP mij niet dat ik een handhavingsverzoek kon indienen. Daar kwam ik na volhardende correspondentie en verschillende telefoongesprekken pas acht maanden later achter. Dit heeft de procedure dus vanaf het begin met acht maanden vertraagd.

(2) Nadat de rechter de AP op 16 augustus 2016 had opgedragen om mijn handhavingsverzoek inzake privacy-discriminatie met de anonieme OV-chipkaart meer uitgebreid te onderzoeken dan de AP tot dan toe had willen doen, deed de AP een jaar lang over dat "uitgebreide" onderzoek. Maar uiteindelijk bleek dat de AP zich bij haar conclusies in essentie baseerde op niet meer dan twee nieuwsberichten in de Volkskrant, waarin NS enkele uitspraken deed die door de AP zonder controle voor waar werden aangenomen en als ondersteunend feitenmateriaal werden gepresenteerd. Voor zo'n flut-onderzoek is geen jaar nodig - tenzij de AP wilde wachten totdat NS groen licht gaf voor het afronden van het onderzoek en het nemen van een nieuw besluit.

Frappant was ook dat de AP weigerde om nieuwe informatie die ik op 24 november 2016 aanvoerde (de unieke pasnummers op de "anonieme" OV-chipkaart), in het toen pas net beginnende "uitgebreide" onderzoek te betrekken. Daardoor meende de AP geen uitgebreid onderzoek naar die pasnummers te kunnen doen, maar dat aspect te kunnen afhandelen door middel van een "verkennend onderzoek" (ook wel "globaal bureau-onderzoek" genoemd). Echter, dat oppervlakkige onderzoek duurde even lang als het gelijktijdig plaatsvindende "uitgebreide" onderzoek, namelijk een jaar. En uiteindelijk baseerde de AP zich ook in dat "verkennende" onderzoek op diezelfde twee nieuwsberichten in de Volkskrant... Dit is niet het gedrag van een serieuze toezichthouder, maar van een toezichthouder die de hakken in het zand zet, omdat hij kennelijk helemaal geen toezicht wil houden.

(3) Na afronding van haar onderzoek stuurde de AP stuurde in juni 2018 aan NS een "eerste versie" van haar "bevindingenrapport" toe. Dat rapport hoefde van NS niet gewijzigd te worden, gaf de AP later aan. De AP wachtte echter met het toesturen van datzelfde bevindingenrapport aan mij tot 8 september 2018, precies vier dagen na de behandeling ter zitting van het eerste hoger beroep door uw Afdeling.

Maar ruim twee maanden eerder, in juni, had de AP aan uw Afdeling bericht gestuurd dat het bevindingenrapport waarschijnlijk wèl voorafgaand aan die zitting gereed zou zijn. Vermoedelijk was dit om uw Afdeling ertoe te bewegen die zitting niet uit te stellen (want uw Afdeling had naar het bevindingenrapport gevraagd). Eveneens in juni, bijna gelijktijdig, had de AP echter aan mij bericht gestuurd dat het juist langer kon gaan duren voordat het bevindingenrapport klaar was, waarbij de AP tegenover mij tegelijk verzweeg dat ("een eerste versie van") het bevindingenrapport in juni al wel aan NS werd toegestuurd.

De enige plausibele verklaring voor dit gedrag van de AP is dat de AP, door middel van temporisering in combinatie met het sturen van verschillende, niet met elkaar strokende signalen

aan verschillende betrokkenen (uw Afdeling, NS en mij) probeerde om mijn informatiepositie tijdens de juridische procedure te verzwakken en die van NS juist te versterken.

Dat is niet integer, en een nationale toezichthouder onwaardig.

Na ontvangst van het "bevindingenrapport", aan mij verstuurd op 8 september 2017, ondernam ik actie door eerst schriftelijk bij de AP navraag te doen over de gang van zaken met betrekking tot de totstandkoming en verzending van het bevindingenrapport, en de door de AP voorziene consequenties daarvan. Vervolgens stelde ik uw Afdeling (bij brief van 17 september) op de hoogte van de gang van zaken, inclusief een analyse van de implicaties van relevante wetsartikelen in de Awb in relatie tot de artikelen van het EVRM die een fair proces vereisen.¹⁹

In reactie daarop liet uw Afdeling mijn brief enerzijds buiten beschouwing en stuurde die aan mij retour, maar anderzijds deed uw Afdeling wel op 20 september uitspraak - ongewoon snel, vermoedelijk om te zorgen dat de procesorde door de handelwijze van de AP niet verstoord zou kunnen raken.

Kennelijk achtte uw Afdeling het "not done" om de onrechtstatelijkheid van de handelwijze van de AP te benoemen in uw uitspraak. U zweeg daarover.

Het temporiseren van de AP leverde voor mij nog weer een extra belasting op, en een langer durende rechtsonzekerheid. Dit is slechts een voorbeeld van hoe bestuurlijk Nederland omgaat met haar eigen burgers. Wie het waagt voor zijn recht op te komen, wordt door het uitbelastinggeld gefinancierde bestuur in een procedurele uitputtingslag geduwd.

Op die manier wordt er misschien nog wel voldaan aan bepaalde formele criteria van de rechtsstaat, maar verliest de burger zijn materiële, effectieve rechtsbescherming. *Wat baten wetten zonder goede zeden?* Er zijn maar weinig mensen die zo'n proces langdurig kunnen volhouden. Ik ben inmiddels meer dan vijf jaar met deze casus bezig. Welke conclusie denkt uw Afdeling dat ik inmiddels heb getrokken over mijn feitelijke, effectieve rechtsbescherming?

Zelfs als uw Afdeling mij nu, ten lange leste, in het gelijk zou stellen, heb ik de zaak op een belangrijk punt al lang verloren. In combinatie met elkaar hebben de toezichthouder (de AP) en de betrokken bestuursrechters (de rechtbank en uw Afdeling) al lang duidelijk gemaakt dat het opkomen voor je recht op privacy in Nederland in de praktijk vechten tegen de bierkaai is. Een burger die goed bij zijn hoofd is, begint daar niet eens aan.

Maar goed, ik was niet goed bij mijn hoofd en ben eraan begonnen. Dus nu ga ik dit proces ook voltooien, en mijn ervaringen delen met anderen. Dan kan iedereen zelf beoordelen of we nog in een rechtsstaat leven, of in iets anders.

¹⁹ Zie paragraaf 2.4.

2.10 Pleitnota, ethiek en omstandigheden van het concrete geval - geen eerlijk proces

(1) De rechtbank stond mij ter zitting op 20 augustus 2019 niet toe om mijn volledige pleitnota voor te lezen. Toen de voorzitter van de meervoudige kamer dat aangaf, vroeg hij mij vervolgens of ik hiermee instemde. Aldus onder druk gezet, gaf ik desondanks aan dat ik er wel prijs op stelde mijn volledige pleitnota voor te lezen. De voorzitter vroeg mij toen om stukken te selecteren die ik wilde voorlezen. Ik stelde voor dat de voorzitter zelf zou aangeven welke stukken hij mij niet toestond voor te lezen, bijvoorbeeld door mij dan te onderbreken. Hier stemde de voorzitter niet mee in, hij wilde dat ik zelf een selectie maakte. Deze gang van zaken is in de zittingsaantekeningen van de rechtbank als volgt weergegeven:

Voorzitter: Volgens mij hebben we alles besproken. Wilt u nog algemene opmerkingen maken?

Eiser: Ik wil graag mijn pleitnota voorlezen.

Voorzitter: Dat doen [we] in principe niet meer. Zitter er elementen in die nog niet aan de orde zijn geweest?

Eiser: Ik vind alles relevant. Mag ik een paar stukken voorlezen?

Voorzitter: U kunt de stukken selecteren die u wilt voorlezen.

Eiser: Ik zal de grotere trend allemaal buiten beschouwing laten, want ik heb het idee dat u daar op dit moment niet in geïnteresseerd bent. Het is ook niet een strikt juridische beroepsgrond. Ik vind het overigens betreuenswaardig dat dit niet wordt meegenomen, maar ik leg me er bij neer.

[Eiser leest een deel van de pleitnota voor. De pleitnota is als bijlage bijgevoegd. De voorzitter heeft hierin de niet voorgelezen stukken weggestreept.]

(2) Bij het bekijken van de bijlage bij de zittingsaantekeningen, viel het me op dat de weggestreepte stukken op zo'n manier zijn weggestreept, dat ze nog goed leesbaar zijn. Dit wekt bij mij het vermoeden dat er sinds kort sprake is van informeel beleid bij de rechterlijke macht om, met het oog op proceseconomie, in beginsel geen pleitnota's meer toe te staan, maar dat sommige rechters daar niet altijd gelukkig mee zijn, met het oog op de vereisten van een eerlijk proces.

(3) Naar aanleiding hiervan wil ik het volgende opmerken. In een rechtsstaat zijn er op zijn minst drie rechtsbronnen: **a)** wet- en regelgeving en beleid; **b)** ethiek; **c)** de omstandigheden van het concrete geval. Wanneer alleen rechtsbronnen a) en c) zouden tellen, zou het recht gereduceerd worden tot een protocol of een algoritme dat toegepast wordt op data (als vertaling van feiten).

Door mij niet toe te staan mijn volledige pleitnota voor te lezen, maakte de rechtbank het mij onmogelijk om ten volle een beroep te doen op rechtsbronnen b) en c). Mijns inziens is de rechtszitting, en daarmee de beroepsprocedure, op deze manier niet volledig eerlijk verlopen.

3 Overzicht van argumentatie voorafgaand aan dit tweede hoger beroep

3.1 Overzicht documenten

De gronden voor dit hoger beroep heb ik grotendeels al eerder aangevoerd, onder andere in de volgende documenten, die samen met de daarbij gevoegde bijlagen moeten worden geacht deel uit te maken van de motivering van dit hoger beroep:

Reeds in bezit van uw Afdeling:

- brief Jonker d.d. 5 juni 2014 aan NS, met verzoek om respect voor privacy
- brief Jonker d.d. 17 juni 2014 aan AP, met verzoek om hulp
- eerste beroepschrift Jonker d.d. 10 sept. 2015 (*privacy-discriminatie anon. OV-chipkaart*)
- aanvulling beroep 7 okt. 2015 (*Schrems; hoog, doeltreffend, volledig beschermingsniveau*)
- aanvulling eerste beroepschrift Jonker d.d. 25 januari 2016
- reactie Jonker d.d. 6 december 2016 op hoger-beroepschrift AP
- reactie Jonker d.d. 16 februari 2017 op inbreng NS en verweerschrift AP

Als bijlagen bij dit tweede hoger-beroepschrift gevoegd:

A Tweede beroepsprocedure inzake privacy-discriminatie (ARN 18/546)

- brief Jonker d.d. 17 september 2017 inzake procesorde
- reactie Jonker d.d. 25 september 2017 op het bevindingenrapport van de AP (*zie voorts aanvulling daarop in brief d.d. 28 november 2017 - onder B*)
- tweede beroepschrift Jonker d.d. 29 januari 2018 (*privacy-discriminatie*)

B Eerste beroepsprocedure inzake unieke pasnummers (ARN 18/1487)

- brief Jonker 24 november 2016 aan AP (*verzoek ook onderzoek unieke pasnummers*)
- bezwaar Jonker d.d. 16 oktober 2017 tegen afwijzing handhavingsverzoek
- nadere motivering bezwaar Jonker d.d. 28 november 2017
- derde beroepschrift Jonker d.d. 19 maart 2018 (*unieke pasnummers*)

C N.a.v. gevoegde behandeling ARN 18/546 en ARN 18/1487

- aanvulling tweede en derde beroepschriften d.d. 5 juli 2019
- - bijlage bij aanvulling 5 juli 2019: brief Jonker d.d. 16 maart 2019 aan de AP (*inzake poging tot rolverwisseling NS en TLS; nieuwe info "anonieme" OV-chipkaart*)
- aanvulling beroepschriften d.d. 11 augustus 2019
- - bijlage bij aanvulling 11 aug. 2019: beroepschrift m.b.t. AP/Connexxion d.d. 24 mei 2019 (*inzake quasi-"contract" als argument m.b.t. grondslag verwerking persoonsgegevens*)
- pleitnota Jonker d.d. 20 augustus 2019
- impressie Jonker d.d. 7 oktober 2019 van rondetafelgesprek TK "Toegang tot OV-data" (*"OV-data-jacht: op weg met surveillance corporatism": een analyse van het corporatistische besluitvormingsproces in Nederland m.b.t. verwerking persoonsgegevens OV*)

D Overig

- Gedragscode verwerking persoonsgegevens OV-chipkaart door de OV-bedrijven (KNV)
- Presentatie onderzoek Radboud-universiteit privacy en OV-chipkaart (2010)
- Informatie "anonieme" OV-chipkaart op website NS, 24 oktober 2019

3.2 Overzicht van eerdere argumentatie en de vindplaatsen daarvan

Hier volgt, als handreiking voor uw Afdeling, een overzicht van een aantal argumenten die ik voorafgaand aan dit hoger beroep in de gevoerde procedures naar voren heb gebracht, en waar die vindbaar zijn in de door mij opgestelde documenten (bezwaarschriften, beroepschriften, pleitnota's). Ik geef steeds een korte samenvatting van het betreffende argument. Voor de volledige argumentatie verwijs ik naar de oorspronkelijke teksten.

Het gaat steeds om argumenten met betrekking tot de verwerking van mijn persoonlijke reisgegevens (plaatsen en tijden van mijn vertrek, overstap en aankomst) wanneer ik gebruik maak van het OV. Maar dat heeft soms ook vereist dat ik aandacht besteed aan het onderscheid tussen persoonlijke reisgegevens en andere gegevens, en aan bepaalde dwaalredeneringen waarmee NS of de AP verwarring probeerden te scheppen of de aandacht probeerden af te leiden van waar het eigenlijk over gaat. Bij elk argument zal ik aangeven op welk van de vier privacy-aantastingen het betrekking heeft:

- privacy-discriminatie m.b.t. mijn voordeelurenabonnement (**VDU**);
- privacy-discriminatie m.b.t. Geld Terug Bij Vertraging (**GTBV**);
- privacy-aantasting d.m.v. unieke pasnummers op de "anonieme" OV-chipkaart (**UP**);
- privacy-aantasting doordat saldo- en andere mutaties van de "anonieme" OV-chipkaart in de back-office van TLS worden geregistreerd (**MUT**).

Definitie van begrippen

- **VDU.** Argument: De stelling van NS en de AP dat "het voordeelurenabonnement een persoonsgebonden product is" en dat "contractspartijen elkaar op verplichtingen moeten kunnen aanspreken", scheidt ten onrechte verwarring doordat het gegevensverwerking ten behoeve van het afsluiten van een abonnement over één kam scheert met de verwerking van persoonlijke reisgegevens tijdens en na het reizen. Dat zijn twee verschillende dingen.
 - Beroepschrift 10 september 2015, par. 5.1 (p. 13); par. 5.3 (p. 15).
 - Reactie Jonker 25 september 2017, par. 2.2.3.1 (p. 12).
- **GTBV.** Argument: NS en de AP gooien de gegevensverwerking nodig t.b.v. GTBV (reisgegevens van één vertraagde reis) ten onrechte op één hoop met de verwerking van de persoonlijke reisgegevens van al iemands treinreizen.
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016: par. 3.2.13 (p. 87).
- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: NS voldoet niet aan het vereiste dat de persoonlijke reisgegevens worden verwerkt voor "welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven, gerechtvaardigde" doelen. Het blijft bij abstracte en/of algemeen geformuleerde, en daardoor vage doelen (bijv: "efficiëntie" of "fraudepreventie", waardoor niet voldaan wordt aan art. 7 Wbp en art. 5 AVG).
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.8 (pp. 67-68).
- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: Een "elektronisch vervoerbewijs" zoals bedoeld in de Wet personenvervoer 2000 is niet hetzelfde als een plicht tot in- en uitchecken.
 - Reactie Jonker 25 september 2017, par. 2.2.2.2 (p. 11).

Ontbrekende noodzaak voor gegevensverwerking (zie ook onder: "Ontbrekende subsidiariteit")

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: Er is **geen concrete, materiële, objectiveerbare noodzaak aangetoond** voor (een systeem van) verwerking van persoonlijke reisgegevens van OV-reizigers, terwijl de bewijslast voor die noodzaak wel ligt bij NS als verwerkingsverantwoordelijke (artikel 5 lid 2 AVG: "verantwoordingsplicht").
 - Beroepschrift 10 september 2015, par. 5.4.2 (pp. 20-21; "contract"); en par. 6.3 ("*veiligheid niet aangevoerd als noodzaak*")
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.6 (pp. 38-49);
 - Reactie Jonker 25 september 2017, par. 2.1.3-2.1.6 (pp. 4-5);
 - Tweede beroep Jonker 29 januari 2018, par. 3.4.1 (pp. 11-12);
 - Aanvulling gevoegde beroepen 5 juli 2019, par. 2.2.1, laatste twee alinea's (p. 26); en par. 2.3.3 (pp. 57-58, "*veiligheid*").

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: NS en de AP hebben gesteld dat de manier waarop het OV-chipkaart-**stelsel** is opgezet (als technisch, organisatorisch en/of contractueel vastgelegd systeem), vereist dat mijn persoonlijke reisgegevens worden verwerkt. Dat is onjuist, omdat het niet nodig was het OV-chipkaart-systeem op die manier op te zetten of zo in te richten. Als het OV-chipkaart-systeem een privacy-schending vereist, had het nooit in die vorm mogen worden opgezet. Het OV-chipkaart-systeem vormt als technisch, organisatorisch en/of contractueel systeem geen zelfstandige rechtvaardiging voor aantasting van de privacy van reizigers, maar moet gezien worden als een instrument waarvoor de verwerkingsverantwoordelijke (NS) uit vrije wil heeft gekozen. Als het systeem niet in overeenstemming is met privacy-regelgeving, dan moet NS voor een ander systeem kiezen, of voor een aanpassing die het systeem alsnog in overeenstemming brengt met de geldende regels. Dat het systeem feitelijk reeds geïmplementeerd is (**voldongen feit**), of dat daarin reeds grote hoeveelden geld zijn geïnvesteerd (**sunken cost fallacy**) levert evenmin een noodzaak of een rechtvaardiging op in de zin van het EVRM of de AVG. Ook het feit dat digitale techniek op steeds meer plekken feitelijk wordt toegepast (hetgeen de AP ten onrechte vertaald als: "**digitalisering is een gegeven**") levert geen noodzaak op voor de verwerking van de persoonlijke reisgegevens van OV-reizigers.
 - Beroepschrift 10 september 2015, par. 5.2 (p. 14);
 - Aanvulling 25 september 2016, par. 3.2.6, rnr. [46], punt (2) (pp. 48-49);
 - Reactie Jonker 25 september 2017, par. 2.2.2.3 (pp. 11-12); par. 2.2.3.5 (p. 14); en par. 2.2.3.6 (p. 14);
 - Aanvulling beroepen 11 augustus 2019 (p. 5, "*Gedane miljarden-investeringen in systeem*")
 - Zie ook onder: "*Uit een cirkelredering kan geen noodzakelijkheid worden afgeleid*".

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: NS en de AP stellen dat ik door met het OV te reizen en daarvoor een vervoerbewijs aan te schaffen, een "**contract**" ("overeenkomst") met NS heb afgesloten dat een wettelijke grondslag oplevert voor de verwerking van mijn persoonlijke reisgegevens. NS en de AP beroepen zich daarbij op de eenzijdig door NS opgestelde algemene voorwaarden. Dit is om twee redenen onjuist: (1) Er is geen sprake van een echt, vrijwillig afgesloten contract, gezien het monopolie van NS en mijn afhankelijkheid van het OV; (2) Het begrip "overeenkomst" zoals genoemd in art. 8 onder b Wbp en art. 6 lid 1 onder b) AVG moet worden geïnterpreteerd op een wijze die niet in strijd is met artikel 8 EVRM. Artikel 8 EVRM vereist, mede met het oog op een hoog beschermingsniveau, een materiële, objectiveerbare noodzaak voor inbreuken op de privacy. **Willekeurige wensen of ambities** van bedrijven of (semi-)overheden om bepaalde persoonsgegevens te gaan verwerken, kunnen niet beschouwd worden als zo'n noodzaak, ook niet als er een verplichting tot het gebruik van instrumenten om die ambities te bereiken, door zulke bedrijven of (semi-)overheden wordt vastgelegd in algemene voorwaarden of in niet-vrijwillig afgesloten "contracten" met betrokkenen die afhankelijk zijn van het OV. Artikel 10 lid 1 Grondwet vereist voor elke inbreuk op de privacy een formeel-wettelijke basis.
 - Beroepschrift 10 september 2015, par. 5.3 (pp. 15-16); par. 5.4.3 (pp. 21-22); par. 5.5 (p. 29).
 - Derde beroep **UP** Jonker 19 maart 2018, par. 3.4.1 (pp. 20-22);
 - Aanvulling gevoegde beroepen 5 juli 2019, par. 1.1.3 (pp. 11-14: "*doelverwarring; onvermijdelijkheidsdenken*"); en par. 2.2.2 (pp. 27-33: *rechtsgeldigheid versus rechtmatigheid contract*); en par. 2.2.5 (pp. 39-42: *ambitie totale controle*).
 - Beroepschrift d.d. 24 mei 2019 casus Connexion;
 - *Zie ook onder: "Ontbrekende wettelijke grondslag".*

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: Uit de door NS in haar privacy-verklaring opgevoerde "**verwerkingsdoelen**" blijkt geen noodzaak om mijn persoonlijke reisgegevens te verwerken. Bij de Geschillencommissie OV gaf NS zelfs nog aan helemaal niet geïnteresseerd te zijn in mijn persoonlijke reisgegevens, maar die als "onnodige bijvangst" te beschouwen.
 - Beroepschrift 10 september 2015, par. 5.5, punten (1) t/m (3) (pp. 23-25); en par. 5.6.2 (p. 32);
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.7, rnr. [52] (pp. 62-65);
 - Reactie Jonker 25 september 2017, par. 2.2.7.2 (pp. 24-25);
 - Derde beroep **UP** Jonker 19 maart 2018, par. 3.4.2 ("*fraudepreventie*", pp. 22-23);
 - Aanvulling gevoegde beroepen 5 juli 2019, par. 2.2.6 ("*GTBV*", pp. 43-45); en par. 2.2.8 ("*GTBV en accountantscontrole*", p. 47);
 - *Zie ook onder: doelbinding en verenigbaarheid; function creep*

- **VDU, GTBV, UP.** Argument: Uit het algemeen geformuleerde doel van **efficiëntie** kan geen noodzaak worden afgeleid voor verwerking van mijn persoonlijke reisgegevens.
 - Reactie Jonker 16 februari 2017, par. 1.3.1 t/m 1.3.3 (pp. 8-16);
 - Reactie Jonker 25 september 2017, par. 2.2.3.4 (p. 14); par. 2.2.3.7 (pp. 14-15); par. 2.2.4.3 en 2.2.4.4 (pp. 18-19);
 - Bezwaarschrift UP Jonker 16 oktober 2017, par. 2.6 (serviceverlening, p. 3);
 - Impressie Jonker 7 oktober 2019, par. 5 (p. 8) en par. 9 (pp. 27-30).

- **VDU, GTBV.** Argument: Uit het doel van **maatschappelijk nut** kan geen noodzaak worden afgeleid voor verwerking van mijn persoonlijke reisgegevens door NS als commercieel bedrijf, met als wettelijke grondslag een "contract". Er zou dan een andere wettelijke grondslag vereist zijn, namelijk "publieke taakvervulling", maar die voert de AP niet aan.
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.7, rnr. [52], punten (3)-(5) (pp. 63-64);
 - Reactie Jonker 16 februari 2017, par. 1.3, rnr. [20]-[24] (pp. 7-8);
 - Impressie Jonker 7 oktober 2019 (*bijv. p. 55, het CBS over "publiek belang"*).

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: Uit **de wet in formele zin** (bijv. de Wet personenvervoer 2000), **lagere wetgeving** (bijv. het Besluit personenvervoer 2000) of **Europese regelgeving** (bijv. "Verordening (EG) nr. 1371/2007") blijkt **geen** noodzaak (of wettelijke plicht) voor NS om persoonlijke reisgegevens van OV-reizigers te verwerken.
 - Reactie Jonker 25 september 2017, par. 2.1.1 (pp. 3-4); par. 2.2.2.2 (p. 11);
 - Bezwaarschrift **UP** Jonker 16 oktober 2017, par. 2.9 ("artikel 8 sub c Wbp"; p. 4);
 - Tweede beroep Jonker 29 januari 2018, par. 3.5.2 (GTBV, p. 14);
 - Aanvulling gevoegde beroepen 5 juli 2019, par. 2.2.9 (GTBV, p. 48).

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: Uit **gedragscodes van branche-organisaties** e.d. blijkt geen noodzaak om mijn persoonlijke reisgegevens te verwerken.
 - Beroepschrift 10 september 2015, par. 5.5, punten (4) t/m (5) (pp. 26-29);
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.4, rnr. [26] (pp. 17-20); en par 3.2.7, rnr. [50], punten (4) t/m (7) (persoonsgerichte marktwerking; pp. 57-59); en par. 3.2.9, rnr. [59]-[60] (pp. 69-71).

- **VDU, GTBV.** Argument: **Beleid of beleidsambities van de uitvoerende macht** (de executieve, zoals bijvoorbeeld verwoord in antwoorden van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat in 2009 op Kamevragen) leveren **geen noodzaak en geen wettelijke grondslag** op voor inbreuken op de privacy, ook niet in de vorm van discriminatie van OV-reizigers met privacy, zolang de noodzaak van dat beleid niet is aangetoond.
 - Beroepschrift 10 september 2015, par. 5.4.1 (pp. 17-19);
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.11, rnr. [67]-[69] (pp. 79-83).

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: De AP (CBP) **verwacht noodzakelijkheid en proportioneelheid met elkaar**. De AP probeert uit het bestaan van "waarborgen" in de omgang met persoonsgegevens af te leiden dat de verwerking **dus** proportioneel zou zijn. En daar probeert de AP dan weer uit af te leiden dat de verwerking **dus** noodzakelijk zou zijn. Dat is de omgekeerde wereld. Pas als vastgesteld is dat er een objectieveerbare noodzaak voor de verwerking bestaat, kan vervolgens worden getoetst, zoals de wet vereist, of de verwerking die op grond van die noodzaak plaatsvindt, daarnaast ook proportioneel is.
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.6, rnr. [42] punten (4) t/m (6) (pp. 42-43);
 - Reactie Jonker d.d. 16 februari 2017, par. 1.3, rnr. [18]-[19], pp. 6-7.

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: **Uit een cirkelredenering kan geen noodzakelijkheid worden afgeleid.** Bijvoorbeeld de cirkelredenering dat verwerking van persoonlijke reisgegevens door middel van het OV-chipkaart-systeem nodig is omdat het OV-chipkaart-systeem alleen goed functioneert als deze persoonsgegevens worden verzameld.
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.5, rnr. [35], punt (15) (p. 36);
 - Reactie Jonker 16 februari 2017, rnr. [51] (p. 16);
 - Tweede beroep Jonker 29 januari 2018, par. 3.4.4 (pp. 12-13);
 - Aanvulling beroepen 5 juli 2019, par. 2.2.5 (p. 41) en 2.3.5 (p. 59) (*frauderisico*).

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: De **bewijslast om aan te tonen dat er een noodzaak is** voor (een systeem van) verwerking van persoonselijke reisgegevens van OV-reizigers, ligt bij de verwerkingsverantwoordelijke (art. 5 lid 2 AVG; artt. 7 en 15 Wbp).
 - Beroepschrift 10 september 2015, par. 5.6.1 (p. 30);
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.12, rnr. [71]-[73] (pp. 84-86);
 - Reactie Jonker 6 december 2016, par. 4 (p. 23);
 - Aanvulling gevoegde beroepen 5 juli 2019, par. 1.2, punt (1) (p. 18).

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: Uit de wens van NS of derden om **onderzoek** te doen om meer te weten te komen over **reisgedrag**, kan geen noodzaak voor onvrijwillige verwerking van persoonlijke reisgegevens worden afgeleid. Voor onderzoeksdoeleinden (niet-zijnde onderzoek naar crimineel of gevaarlijke gedrag) mag onder voorwaarden gebruik worden gemaakt van reeds beschikbare gegevens. Zulk onderzoek vormt echter geen zelfstandige rechtvaardiging voor een inbreuk op de privacy van mensen zonder hun toestemming.
 - Tweede beroep Jonker 29 januari 2018, par. 3.5.3 (p. 15).

Ontbrekende subsidiariteit (zie ook onder: "Ontbrekende noodzaak")

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: Er bestaan **reële alternatieven** voor de afhandeling van betaling en de controle of reizigers beschikken over een geldig vervoerbewijs, zonder dat daarbij de persoonlijke reisgegevens hoeven te worden verzameld. De door NS per 9 juli 2014 dwingend opgelegde verwerking van persoonlijke reisgegevens **voldoet daarom niet aan het subsidiariteitsbeginsel.** NS (gevolgd door de AP) beweert dat alternatieven, bijv. een zichtkaart voor een abonnement in combinatie met een anoniem vervoerbewijs, niet mogelijk zouden zijn, ondanks het feit dat dat tientallen jaren de standaard was en prima functioneerde. De redeneringen van NS op dat punt snijden geen hout.
 - Beroepschrift 10 september 2015, par. 5.6.1 (p. 30);
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.5, rnr. [35], punt (14) (p. 35);
 - Reactie Jonker 6 december 2016, par. 3 (pp. 15-22);
 - Reactie Jonker 16 februari 2017, par. 1.3.2-1.3.3 (pp. 8-16);
 - Reactie Jonker 25 september 2017: VDU: par. 2.2.5 (p. 21); GTBV: par. 2.2.8 (pp. 27-29); "alle eventueel bestaande mogelijkheden": par. 2.2.4.5 (p. 20);
 - Bezwaarschrift **UP** Jonker 16 oktober 2017, par. 2.4 (encryptie, p. 3); par. 2.8 (papieren vervoerbewijs, p. 4); par. 2.11 (echt anonieme OV-chipkaart, pp. 4-5);
 - Derde beroep **UP** Jonker 19 maart 2018, par. 3.2 (pp. 13-15);
 - Aanvulling gevoegde beroepen 5 juli 2019, par. 2.2.4 (pp. 34-38); par. 2.2.7 (pp. 46-47, *uitgeschreven bon-alternatief GTBV*); par. 2.2.11 (p. 51, *nadere uitwerking twee alternatieven GTBV*); par. 2.3.4 (p. 58, *weigering onderzoek alternatieven*)

Risico's en ontbrekende proportionaliteit

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: in de afgelopen jaren is keer op keer duidelijk geworden dat elke verwerking van persoonsgegevens substantiële **risico's** met zich meebrengt voor de persoon op wie die gegevens betrekking hebben ("de betrokkene"). De afgelopen jaren heeft een reeks onthullingen duidelijk gemaakt dat die risico's ook bestaan als er op papier mooie waarborgen bestaan, bijv. "**anonymisering**", "**gescheiden opslag**" of "**afgeleide/geaggregeerde gegevens**". Het Breyer-arrest (19 oktober 2016) stelt de herleidbaarheid van gegevens tot personen centraal, ook als ze gescheiden worden bewaard. Daarom moet, omwille van het vereiste hoge beschermingsniveau, het wettelijk vastgelegde beginsel van **data-minimalisatie (gegevensminimalisatie)** strikt worden toegepast. "**Privacy-by-design**" betekent dat er in ieder geval ook aan het vereiste van data-minimalisatie wordt voldaan, bijv. d.m.v. "**zero-knowledge-technologie**".
 - Beroepschrift 10 september 2015, par. 5.4.1.2 (p. 20);
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.4, rnr. [25], punt (1) (p. 16); en par. 3.2.6, rnr. [42], punten (7) en (8) (pp. 43-44); en par. 3.2.9, rn. [58] (p. 69);
 - Reactie Jonker 16 februari 2017, par. 1.3, rnr. [17]-[18] (p. 6); en par. 1.3.4, rnr. [[52]-[59] (pp. 17-18).
 - Reactie Jonker 25 september 2017, par. 2.2.3.3 (p. 13).;
 - Bezwaarschrift **UP** Jonker 16 oktober 2017, par. 2.3 t/m 2.5 (p. 2-3), par. 2.7 (p. 3);
 - Derde beroep **UP** Jonker 19 maart 2018, par. 1 (p. 2); en par. 3.3 (pp. 15-20);
 - Aanvulling beroepen 5 juli 2019, par. 2.3.2 (pp. 55-56, *profilering,reispatronen*);
 - Aanvulling beroepen 11 augustus 2019, par. 2.3 (pp. 6-7, " 'Waarborgen' zonder substantie en de leugen over 'privacy-by-design' ").
- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: De grootschaligheid van de verwerking van **persoonlijke reisgegevens van honderdduizenden of miljoenen individuele OV-reizigers** en het ontbreken van privacy-vriendelijke alternatieven voor ieder van hen, staan niet in verhouding tot de mate waarin andere belangen (bijv. een geringe verhoging van de "efficiëntie" van het OV) door middel van deze algemene invasie van privacy mogelijk kunnen worden bevorderd. Op deze manier is er geen sprake van **proportionaliteit**.
 - Beroepschrift 10 september 2015, par. 5.7.1 (p. 40).
- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: NS redeneert ter onderbouwing van de proportionaliteit van het privacy-verlies dat als er een **klein aantal OV-reizigers** is dat hun privacy wenst te behouden, hun belang klein is in verhouding tot dat van NS, terwijl als er **veel mensen** zijn die hun privacy wensen te behouden, dat grote, en dus onevenredige inspanningen voor NS met zich mee zou brengen. Dit is in essentie niet meer dan een stelling dat het **belang** dat NS heeft bij een verminderde inspanning, hoe dan ook zwaarder zou wegen dan het belang van reizigers bij behoud van hun privacy, of het nu om veel of weinig reizigers gaat. Uit deze stelling kan **geen** proportionaliteit worden afgeleid.
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.5, rnr. [35], punt (15) (p. 36).

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: NS voldoet als verwerkingsverantwoordelijke niet aan het beginsel van **doelbinding en verenigbaarheid van doelen**. Er is sprake van niet-toegestane "**function creep**". In 2014 en begin 2015 gaf NS bij de Geschillencommissie OV nog aan helemaal geen persoonlijke reisgegevens te willen verwerken, maar daar bij persoonsgebonden OV-chipkaarten niet onderuit te kunnen vanwege de technische eisen die het OV-chipkaart-systeem "nu eenmaal" stelde (NS: "onnodige bijvangst"). Nadat ik in februari 2015 een formeel handhavingsverzoek bij de AP had ingediend, verwees NS voor het eerst naar algemene "verwerkingsdoelen" in zijn privacy-verklaring, als het ging om verwerking van persoonsgegevens van voordeelurenabbonnementhouders. Op dat moment stond er in de gedragscode van branche-organisatie KNV, waar NS zich aan beweerde te houden, bij de definities: "*4. Anonieme OV-chipkaart: Niet-persoonsgebonden OV-chipkaart met betrekking tot welke geen (persoons)gegevens worden opgeslagen over de Kaarhouder totdat de Kaarhouder zich zelf bekend maakt.*" Vanaf maart 2019 is echter gebleken dat (1) NS zich willens en wetens vanaf het begin niet aan de KNV-gedragscode heeft gehouden, door van anonieme kaarthouders toch persoonsgegevens op te laten slaan, via TLS; en dat (2) NS de "verwerkingsdoelen" die destijds alleen golden voor houders van persoonsgebonden OV-chipkaarten, na het bekendworden van de schending van de KNV-gedragscode door NS, stilzwijgend ook is gaan behandelen als zijnde van toepassing op houders van "anonieme" OV-chipkaarten. Er heeft geen enkele toets plaatsgevonden of deze stilzwijgende verruiming van het toepassingsbereik van de "verwerkingsdoelen" in overeenstemming is met de in de Wbp en de AVG opgenomen beginselen van doelbinding en verenigbaarheid. Zie verder paragraaf 2.9 van dit hoger-beroepschrift.
 - Beroepschrift 10 september 2015, par 5.5 (p. 23-29);
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.5, rnr. [35], punten (12) (4e alinea) t/m (14) (pp. 33-35);
 - Reactie Jonker 25 september 2017, par. 2.2.4.1 (p. 17).
 - Brief Jonker 16 maart 2019 aan de AP;
 - Aanvulling beroepen 11 augustus 2019, par. 2.3 (p. 5, "*Spelen met doelstellingen*");
 - Impressie Jonker 7 oktober 2019 van rondetafelgesprek "Toegang tot OV-data".

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: Het **noodzakelijkheids criterium** voor de verwerking van persoonsgegevens moet niet gekoppeld worden aan willekeurige doelen, maar aan **gerechtvaardigde doelen** (art. 5 lid 1 onder b) AVG; art. 7 Wbp), in het licht van artikel 8 EVRM en het beginsel van horizontale werking. Zonder die koppeling onttaardt art. 6 lid 1 onder b AVG (art. 8 onder b Wbp) in een vrijbrief voor **willekeur**, waarbij het enige vereiste nog is dat die willekeur in een eenzijdig opgelegd quasi-"contract" wordt vastgelegd. Dat is niet de bedoeling van de Europese wetgever. Bovendien moet het verband tussen de noodzakelijkheid en het gerechtvaardigde doel concreet aangetoond worden. Een algemeen geformuleerd, abstract doel zoals als "efficiëntie" of "fraudepreventie" kan zonder concretisering geen rechtvaardiging vormen van enige verwerking van persoonsgegevens zonder vrijwillige instemming. De AP toetst ten onrechte niet of de doelen die NS als verwerkingsverantwoordelijke opvoert, na concretisering nog steeds gerechtvaardigd zijn en of ze dan nog steeds een noodzaak voor de verwerking van persoonsgegevens met zich meebrengen, en zo ja: welke persoonsgegevens.
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.8, rnr. [54]-[56] (pp. 66-68);
 - Aanvulling beroepen 5 juli 2019, par. 2.1, eerste alinea (p. 25); en par. 2.2.3 (p. 34);
 - Beroepschrift in casu Connexion d.d. 24 mei 2019.

Ontbrekende wettelijke grondslag (zie ook onder: "Ontbrekende noodzaak")

- **VDU.** Argument: er is **geen wettelijke grondslag** voor het verzamelen van persoonlijke reisgegevens ten behoeve van reizen met **voordeelurenabonnement (VDU)**.
 - Reactie Jonker 25 september 2017:
 - art. 8 onder b Wbp: par. 2.2.3 (pp. 11-15, *contract*);
 - art. 8 onder f Wbp: par. 2.2.4 (pp.16-20, *gerechtvaardigd belang*);
 - art. 8 onder b en f Wbp: par. 2.2.4.5 (p. 20, *belangenafweging grondrecht*).
- **GTBV.** Argument: er is **geen wettelijke grondslag** voor het verzamelen van persoonlijke reisgegevens van meer dan alleen de vertrapte reis ten behoeve van **Geld Terug Bij Vertraging (GTBV)**.
 - Reactie Jonker 25 september 2017:
 - art. 8 onder a Wbp: par. 2.2.6 (p 22, *vrijwillige instemming*);
 - art. 8 onder f Wbp: par. 2.2.7 (p. 23-26), *gerechtvaardigd belang*;
 - Tweede beroep Jonker 29 januari 2018, par. 3.5.1 en 3.5.2 (pp. 13-14);
 - Aanvulling beroepen 5 juli 2019, par. 2.2.10 (pp. 48-50: *GTBV en art. 8 onder f Wbp*).
- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: er is **geen wettelijke grondslag** voor het verzamelen van persoonlijke reisgegevens door middel van het OV-chipkaart-systeem in het algemeen.
 - Reactie Jonker 25 september 2017, par. 2.2.2.2 (p. 11);
 - Bezwaarschrift **UP** Jonker, par. 2.9 en 2.10 (p. 4).

Niet voldaan aan informatie- en verantwoordingsplicht

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: Door negen jaar lang (2010-maart 2019) tegenover OV-reizigers te veinzen dat de "anonieme" OV-chipkaart werkelijk anoniem was ("saldo laden op de kaart"), heeft NS als verwerkingsverantwoordelijke **niet voldaan aan zijn informatie- en verantwoordingsplicht**. De AP heeft gecolludeerd met die jarenlang volgehouden leugen, terwijl de AP al sinds 2010 op de hoogte moet zijn geweest van een wetenschappelijk onderzoeksrapport van de Radboud-universiteit waarin expliciet werd gesteld dat de "anonieme" OV-chipkaart niet anoniem is en geen privacy biedt. OV-reizigers zijn hierdoor negen jaar lang misleid inzake hun privacy als zij met een "anonieme" OV-chipkaart met het OV reisden. Ook na de inwerkingtreding van de handhaafbaarheid van de aVG (25 mei 2018) is NS hier nog mee doorgedaan, totdat ik de misleiding in de publiciteit bracht. De AP moet NS een boete opleggen voor het ontduiken van haar informatie- en verantwoordingsplicht.
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.4, rnr. [24] (pp. 13-15).
 - Aanvulling beroepen 5 juli 2019, par. 1.4 (pp. 23-24); en par. 2.4, punt (1) (p. 60);
 - Aanvulling beroepen 11 augustus 2019, par. 2.3 (p. 6, "*Besluitvormingsproces - misleiding van de Tweede Kamer*"); en par. 3 (p. 9-11, "*Nieuwe informatie over tijdstip bekendheid van privacy-gebreken OV-chipkaart*").

Onderzoeks- en handhavingsplicht van de AP als toezichthouder

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: het OV-chipkaart-systeem behelst een **grootschalige, structurele privacy-roof**, en voldoet daarmee aan de **beleidscriteria van de AP** die de AP verplichten om te gaan handhaven.
 - Beroepschrift 10 september 2015, par. 5.5 (p. 29); par. 5.7 (pp. 39-40); en par. 5.8 (p. 42);
 - Aanvulling beroepschrift 25 januari 2016, par. 3.2.3 (pp. 9-11); en par. 4.1 ("rijksbreed beleid van selectief toezicht", pp. 95-106); en par. 3.2.14 ("beleidsregels"; p. 89);
 - Bezwaarschrift **UP** Jonker 16 oktober 2017, par. 2.2 (p. 2);
 - Brief Jonker 28 november 2017, **UP** par. 2.4 (prioriteringscriteria, p. 5).

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: de theoretische mogelijkheid van een **civiele rechtsgang** ontheft de AP niet van haar onderzoeks- en handhavingsplicht.
 - Beroepschrift 10 september 2015, par. 4.2 (p. 11);
 - Reactie Jonker d.d. 6 december 2016, par. 2.2.1 (p. 4, onder het kopje "Afstoting verantwoordelijkheid") en par. 2.2.2 (pp. 7-8).

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: De manier waarop de AP (voorheen CBP) met mijn handhavingsverzoeken is omgegaan, wijst erop dat de AP (voorheen CBP) feitelijk **niet onafhankelijk** is, ondanks haar formeel-wettelijk vastgelegde onafhankelijkheid. De AP **stelt zich dienstbaar op aan organisaties die inbreuken plegen op mijn privacy**, en faciliteert hen bij het bedenken van juridische redeneringen (bijv. vermeende wettelijke grondslagen) om die overtredingen achteraf te legaliseren. De AP vertoont gedrag waarvan zij kan weten dat dit **nalatig** is met het oog op haar wettelijke handhavingsplicht.
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.2 (pp. 7-8); par. 3.2.4 (pp. 12-27); en par. 3.2.5, rnr. [36] en [37] (pp. 36-37); par. 3.2.6, rnr. [45] (pp. 46-47); en par. 3.2.7, rnr. *[48-50] (AP probeert achterdeurtjes open te houden; pp. 50-51); en par. 3.2.7, rnr. [49]-[50] (rechteloze zones; art. 8-f Wbp als "restartikel"; pp. 52-56); en par. 3.2.7, rnr. [51] (desperate kronkel- en cirkelredeneringen; p. 60-62);
 - Reactie Jonker d.d. 6 december 2016, par. 5 (pp. 24-32);
 - Aanvulling beroepen 11 augustus 2019, par. 2.3 (p. 6, "*Besluitvormingsproces - misleiding van de Tweede Kamer*"); en par. 3 (p. 9-11, "*Nieuwe informatie over tijdstip bekendheid van privacy-gebreken OV-chipkaart*").

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: **Artikel 8 EVRM** (eerbiediging persoonlijke levenssfeer) stelt cruciale eisen aan de manier waarop de Wbp en de AVG moeten worden geïnterpreteerd, en daardoor ook cruciale **eisen aan de manier waarop de AP met mijn handhavingsverzoeken moet omgaan**. De AP stelt dat zij een **discretionaire bevoegdheid** heeft hoe zij met handhavingsverzoeken omgaat en dat de rechtbank haar besluit daarom **slechts marginaal mag toetsen**. De rechtbank stelt in zijn uitspraak dat hij het besluit van de AP "**minder indringend**" heeft getoetst. Op deze manier blijft er weinig over van de rechtsbescherming die burgers moeten kunnen ontleen aan de **wettelijke en verdragsrechtelijke taak van de AP**. De AP is verplicht om te toetsen of de verwerkingsverantwoordelijke in overeenstemming handelt met de **materiële eisen** die art. 8 EVRM stelt. De rechter is verplicht om te toetsen of de handelwijze van de AP in overeenstemming is met de vereisten die artikel 8 EVRM meebrengt voor een effectieve handhaving van een hoog materieel beschermingsniveau op het gebied van privacy. Voor zover het EVRM, met het oog op een **hoog beschermingsniveau**, een toetsing vereist van de handelwijze (inclusief besluitvorming) van de AP, staat het de rechter **niet** vrij om met een beroep op het Nederlandse bestuursrechtelijke beginsel van "marginale rechterlijke toetsing" een deel van deze vereiste toetsing aan het EVRM achterwege te laten. De nationale "margin of appreciation" van Nederland als EU-lidstaat mag **niet** worden geïnterpreteerd als een vrijbrief voor het naar willekeur negeren van eisen die het EVRM stelt, want daarmee zou het EVRM worden gereduceerd tot een dode letter. De AP heeft op deze manier **niet voldaan aan haar onderzoeks- en handhavingsplicht**.

 - Beroepschrift 10 september 2015, paragraaf 5.6.3 (p. 35); par. 5.8 (p. 42);
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.5 (pp. 28-37); en par. 3.2.14 ("*rechtsplicht*", p. 88);
 - Aanvulling gevoegde beroepen 5 juli 2019, par. 2.1 (p. 25);
 - Aanvulling beroepen 11 augustus 2019, par. 2.1 (pp. 3-4).
- **UP, MUT.** Argument: **Uit een door haarzelf (ten onrechte) vermeende "mogelijkheid"** dat er een verwerkingsgrondslag is, leidt de AP ten onrechte af dat de AP **geen nader onderzoek** hoeft te doen, maar zich kan beperken tot een zeer oppervlakkig "verkennend onderzoek" of "globaal bureau-onderzoek", waardoor zij zichzelf de mogelijkheid onthoudt om na te gaan of zo'n verwerkingsgrondslag er nu eigenlijk is. De AP doet aan "wegkijken".

 - Bezwaarschrift UP Jonker 16 oktober 2017, par. 2.12 (p. 5);
 - *Zie ook onder: cirkelredenering;*
 - *Zie ook onder: "niet onafhankelijk; nalatig".*
- **VDU, GTBV.** Argument: In haar herziene besluit op bezwaar (22 december 2017) geeft de AP de **strekking van de uitspraak van de ABRS m.b.t. de door de rechtbank in 2016 gegeven onderzoeksopdracht** verkeerd weer. De ABRS (Afd. Bestuursrechtspraak Raad van State) heeft niet gezegd dat de AP opnieuw een "globaal bureau-onderzoek" moet verrichten, maar dat de AP een uitgebreider onderzoek moet verrichten dan de eerste keer, en daarbij zelf mag kiezen of dat gebeurt als "globaal bureau-onderzoek" of als "onderzoek ex artikel 60 Wbp".

 - Tweede beroep Jonker d.d. 29 januari 2018, par. 3.3 (p. 11).

Eisen die voortvloeien uit de beginselen van de democratische rechtsstaat

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: een **belangenafweging** (zoals volgens de Hoge Raad op grond van artikel 8 EVRM is vereist) tussen het grondrecht van mensen op privacy en een commercieel belang van een vervoerbedrijf leidt in een democratische rechtsstaat tot de uitkomst dat een grondrecht (een mensenrecht) prevaleert boven elk commercieel belang. Commerciële belangen moeten ruimte krijgen voor zover zij niet in strijd zijn met geldende mensenrechten, en aan die mensenrechten ondergeschikt blijven. Dit vloeit ook voort uit het tweede lid van artikel 8 EVRM.
 - Aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.5, rnr. [35], punten (7) t/m (15) (pp. 30-36).
- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: **artikel 8 lid 2 EVRM en de AVG mogen niet onredelijk worden geïnterpreteerd**, bijvoorbeeld de onredelijke interpretatie dat het installeren van een camera in een winkel ter preventie van diefstal opgevat zou moeten worden als "noodzakelijk voor het economische welzijn van het land". Dat zou leiden tot ZIG's ("Zeer Indirecte Grondslagen") die van de privacy-bescherming die hert EVRM en de AVG beogen te bieden, niets zou overlaten.
 - Reactie Jonker 16 februari 2017, par. 1.3.2, [40] (pp. 13-14).
- **VDU, GTBV.** Argument: **Artikel 14 EVRM en artikel 1 Grondwet (discriminatieverbod)** verbieden discriminatie van OV-reizigers die kiezen voor behoud van hun (recht op) privacy in het OV. Ook de **"Algemene" Wet Gelijke Behandeling (AWGB)** met zijn verbod op een gelimiteerd aantal vormen van discriminatie, verbiedt discriminatie van OV-reizigers als die kiezen voor het behoud van hun privacy op grond van hun levensbeschouwing. Ik behoor tot die categorie OV-reizigers.
 - Beroepschrift 10 september 2015, paragraaf 5.6.4 (pp. 35-38).
- **VDU, GTBV.** Argument: **Privacy-discriminatie betekent privacy-aantasting**, omdat een nadelige behandeling van OV-reizigers die kiezen voor behoud van hun privacy, in vergelijking met reizigers die berusten in het verlies van hun privacy, een manier is om de eerstgenoemde groep reizigers onder druk te zetten hun privacy af te staan ("forced consent"). Bovendien is privacy-discriminatie (afpersing van persoonsgegevens) in strijd met het beginsel van een "behoorlijke verwerking" (art. 6 Wbp; art. 5 lid 1 onder a) AVG).
 - Beroepschrift 10 september 2015, par. 5.6.2 (p. 31-32); par. 5.6.4 (pp. 35-38);
 - Aanvulling 25 januari 2016, par. 3.2.10, rnr. [62]-[66] (pp. 72-78); en par. 3.2.14, (p. 88)

- **VDU, GTBV, UP.** Argument: **Wisseling achteraf van "wettelijke grondslag"** als basis voor de gegevensverwerking, zoals opgenomen in het door de AP op 8 september 2017 aan Jonker verstuurd bevindingenrapport, en later na kritiek van Jonker in het herziene besluit op bezwaar door AP weer losgelaten, is in de beroeps- of hoger-beroepsfase in strijd met de **procesorde** en met het **rechtszekerheidsbeginsel**, en al helemaal als Jonker in een procedure niet tijdig de gelegenheid krijgt op zo'n gewijzigde grondslag te reageren.
 - Brief Jonker d.d. 17 september 2017;
 - Reactie Jonker 25 september 2017, par. 2.1.6 (VDU; p. 8);
 - Tweede beroep Jonker 29 januari 2018 ("achter de hand houden grondslag"; p. 13);
 - Derde beroep **UP** Jonker 19 maart 2018, par. 3.4.1 (pp. 20-22, eerste twee alinea's);
 - Aanvulling gevoegde beroepen 5 juli 2019, par. 2.2.10 (p. 48); en par. 2.2.12 (pp. 52, "*algemeen belang*" als *witwasmiddel voor particulier belang art. 8 sub f Wbp*)
 - *Zie ook onder: "doelbinding en verenigbaarheid van doelen; function creep".*

- **VDU.** Argument: als **monopolist met een publieke nutsfunctie** moet NS privacy als grondrecht materieel (d.w.z. effectief en daadwerkelijk) respecteren, en mag dus reizigers die met privacy in de voordeeluren willen reizen, niet discrimineren ten opzichte van reizigers die berusten in het verlies van hun privacy.
 - Aanvulling Jonker 25 januari 2016, par. 3.2.7, rnr. [49], punt (1) (p. 52).
 - Aanvulling gevoegde beroepen 5 juli 2019, par. 2.2.1 (p. 26)

Overig

- **VDU, GTBV.** Argument: uit de door NS aangevoerde **jurisprudentie over kentekenparkeren** van het Amsterdamse hof valt geen noodzaak of subsidiariteit af te leiden voor wat betreft de verwerking van persoonlijke reisgegevens met het OV-chipkaart-systeem. Het is overigens niet duidelijk of ook de AP zich op deze jurisprudentie wil beroepen.
 - Reactie Jonker d.d. 16 februari 2017, par. 1.3.2, rnr. [33]-[48] (pp. 8-16).

- **VDU, GTBV, UP, MUT.** Argument: NS beweert dat ik, door bij NS een door NS verplicht gesteld vervoerbewijs aan te schaffen, niet alleen met NS, maar ook **met een derde (TLS) een "contract" zou afsluiten**, omdat NS dat zo in de algemene voorwaarden heeft opgenomen. Dat is onjuist. NS kan niet stellen dat er sprake is van een contract tussen mij en een derde, zolang ik geen handtekening onder zo'n contract heb gezet. Ook kan NS als OV-bedrijf niet op een rechtmatige wijze van mij eisen dat ik, om met het OV te mogen reizen, een contract aanga met een derde (het data-bedrijf TLS). De AP mag niet colluderen met NS en TLS door **de rol van "verwerkingsverantwoordelijke" te verschuiven** van NS naar het data-bedrijf TLS in een poging om daarmee alsnog een wettige grondslag voor de verwerking van persoonlijke reisgegevens te creëren.
 - Brief Jonker d.d. 5 juni 2014 aan NS;
 - Beroepschrift 10 september 2015, par. 5.3 (pp. 15-16); par. 5.4.3 (pp. 21-22);
 - Reactie Jonker d.d. 25 september 2017, par. 2.1.2 (p. 4); par. 2.2.2.1 (pp. 10-11); en par. 3 (p. 30);
 - Bezwaarschrift **UP** Jonker 16 oktober 2017, par. 2.1 (p. 2);
 - Derde beroep **UP** Jonker 19 maart 2018, par. 3.1 (pp. 11-12);
 - Brief Jonker d.d. 16 maart 2019;
 - Aanvulling beroepen 5 juli 2019, par. 2.3.1 (pp. 54-55, *rolverwisselingstruc*).

- **VDU, GTBV, UP.** Argument: De AP heeft ten onrechte mijn verzoek d.d. 24 november 2016 om de unieke pasnummers op de "anonieme" OV-chipkaart in haar onderzoek te betrekken, afgesplitst van de oorspronkelijke zaak door het **op te vatten als een separaat handhavingsverzoek**, dat vooralsnog niet grondig onderzocht zou hoeven te worden.
 - Brief 28 november 2017, par. 1. (pp. 1-2) en **UP** par. 2.1 (pp. 3-4);
 - Tweede beroep Jonker 29 januari 2018, par. 3.7 (p. 15);
 - Derde beroep **UP** Jonker 19 maart 2018, par. 1 (p. 2).

4 Nadere toelichting beroepsgronden

4.1 Het negeren van argumenten door de rechtbank - rechteloze zone

In paragraaf 2 heb ik beschreven hoe de AP als nationale toezichthouder omging met haar rechtsplicht om naar aanleiding van mijn handhavingsverzoek serieus te onderzoeken of er sprake is van een overtreding van regelgeving op het gebied van privacy. In essentie weigerde de AP om dat serieus te onderzoeken, en richtte zich in plaats daarvan op het vinden van excuses om zich onder die rechtsplicht (haar wettelijke en verdragsrechtelijke taak) uit te wurmen.

Maar niet alleen de AP gedroeg zich zo. Op zijn beurt weigerde de rechtbank serieus te onderzoeken of de AP haar onderzoeksplicht na de rechterlijke uitspraak in augustus 2016 op een adequate, aanvaardbare, rechtmatige manier had vervuld. De rechtbank zweeg in zijn uitspraak d.d. 5 september 2019 over bijna alle argumenten die ik naar voren had gebracht.

Als alle instanties die bescherming zouden moeten bieden, ervoor kiezen om a) simpelweg te zwijgen over de kern van de argumenten van degene die om bescherming verzoekt, en b) het verzoek om bescherming af te wijzen, dan is het duidelijk dat er geen sprake is van reële bescherming.

Ook is er op deze manier geen enkele aanwijzing dat er (achter de muur van zwijgzaamheid) serieus onderzoek zou zijn gedaan door de AP (naar de inhoud van de zaak) of door de rechtbank (naar de vraag of de AP überhaupt adequaat onderzoek heeft verricht).

Rechteloze zone

Hoe mooi de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) ook zijn geformuleerd, als de instanties die deze wetten zouden moeten toepassen, het beroep van rechtzoekenden op deze wetten op zo'n manier afwijzen dat het impliciet betekent dat die wetten in de praktijk geen werkingskracht hebben (ondanks wat formele frasen om dat te camoufleren), dan zijn die wetten niet meer dan dode letters op papier.

Er lijkt op het gebied van bescherming van de persoonlijke levenssfeer in Nederland ook na de inwerkingtreding van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG; GDPR) sprake te zijn van iets dat aangeduid kan worden als "rechteloosheid te midden van schijnbare rechten", dat vergelijkbaar is met de rechteloosheid die wordt beschreven in het boek *Rightlessness in an Age of Rights*.²⁰ Daarin wordt beschreven hoe migranten (bijvoorbeeld vluchtelingen) na hun fysieke aankomst in een democratische rechtsstaat toch nog steeds in een rechteloze zone blijken te verkeren, ook als het gaat om "universele mensenrechten" waaraan die rechtsstaat zich formeel heeft gecommitteerd. De directe oorzaak daarvan is dat de migranten in zo'n rechtsstaat nog niet de status van burgerschap hebben verworven, en dat de mogelijkheid om effectief aanspraak te maken op de toepassing van die universele rechten, door functionarissen van die rechtsstaat in de praktijk afhankelijk wordt gemaakt van het burgerschap van de betrokkene. De achterliggende oorzaak lijkt te zijn dat de functionarissen van die rechtsstaat nieuwkomers buiten de deur willen houden (d.w.z. ook buiten de deur van het recht), vanwege politiek-bestuurlijke redenen (bijv. angsten en sentimenten bij delen van de bevolking jegens "buitenlanders").

²⁰ Ayten Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights - Hannah Arendt and the Contemporary Struggles of Migrants*, Oxford University Press, 2015.

Als het gaat om privacy, dan lijkt het of er sprake is van een vergelijkbaar mechanisme, waarbij functionarissen (toezichthouders, rechters) zich om onuitgesproken politiek-bestuurlijke redenen gehouden achten om effectieve aanspraak van burgers op de toepassing van artikel 8 EVRM onmogelijk te maken. Alle burgers worden op dat punt dan gereduceerd tot een soort "asielzoekers" die weliswaar het recht hebben om bepaalde formele juridische procedures te doorlopen (en zichzelf daarin uit te putten), maar niet het materiële recht op privacy dat artikel 8 EVRM beoogt te verschaffen.

Eén van de manieren waarop zulke functionarissen dat doel (het uitschakelen van het materiële recht op privacy) bereiken, is door nationale wetgeving (de Wbp) of Europese wetgeving (de AVG) formalistisch te interpreteren en tegelijk los te koppelen van het EVRM als internationaal verdrag.

Op die manier kunnen ook mensen die binnen een rechtsstaat wel degelijk de status van burger hebben, op bepaalde rechtsgebieden toch terecht komen in "rechteloze zones" die vergelijkbaar zijn met die van statenloze vluchtelingen.

In mijn aanvulling d.d. 25 januari 2016 op mijn eerste beroepschrift heb ik gewezen op het ontstaan van een "rechteloze zone" als gevolg van het meten met twee maten als het gaat om de status van een vervoerbedrijf zoals NS. Als het gaat om de rechten of bevoegdheden van het bedrijf, wordt het in feite gelijkgesteld aan een overheidsinstantie. Maar als het gaat om de aanspreekbaarheid van het bedrijf in rechte, wordt het gelijkgesteld aan een particulier bedrijf.²¹

Autoritair geregeerde landen zoals China, waar het bestuur zich niets aan enig recht op privacy gelegen laat liggen, hebben eveneens fraaie (grond)wetten die in naam de rechten van burgers beschermen, maar waarmee het feitelijke handelen van de overheid (in haar hoedanigheid van uitvoerende en rechtsprekende macht) niet in overeenstemming is. Alle staatsburgers bevinden zich daar in een rechteloze zone. Zij hebben daar zelfs niet het recht deze rechteloze zone als zodanig expliciet te benoemen - want als ze dat wel doen, kunnen ze zwaar worden gestraft.

Het zou extreem naïef zijn om te denken dat Nederlandse of Europese machthebbers (bij de overheid en in het bedrijfsleven) immuun zouden zijn voor de verleiding om zulke rechteloze zones (het ontbreken van effectieve rechtsbescherming) aan te grijpen om hun dromen en ambities te verwezenlijken ten koste van de privacy van burgers. De afgelopen jaren hebben we keer op keer gezien dat alleen verplichtende handhavingsmaatregelen van toezichthouders, en rechterlijke uitspraken, hen kunnen begrenzen. Zie ook mijn impressie d.d. 7 oktober 2019, "OV-data-jacht: op weg met *surveillance corporatism*" (bijlage), en paragraaf 1.7 van dit hoger beroepschrift.

De vraag is of de Nederlandse en de Europese overheid, inclusief de rechterlijke macht, zich op het punt van materiële, effectief toegepaste privacy-rechten willen onderscheiden van de huidige bestuursvorm van China. Als hoogste bestuursrechtelijke college geeft u het antwoord op die vraag voor wat betreft Nederland. Reduceert u, door middel van uw interpretatie, de wet tot een dode, formele letter, of wekt u de wet juist tot leven door hem in materiële zin effectief toe te passen?

21 Aanvulling beroep Jonker d.d. 25 januari 2016, paragraaf 3.2.7, randnummer [49] (pagina's 52-55).

4.2 Toetsing moet wel degelijk ook aan de AVG

(1) In zijn uitspraak van 5 september 2019 stelt de rechtbank:

2. Op grond van artikel 48, achtste lid, van de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbeheer (UAVG) is op wettelijke procedures en rechtsgedingen waarbij verweerder voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze wet is betrokken, de Wbp van toepassing. Dat is hier het geval. Daarom wordt in deze zaken getoetst aan de Wbp, zoals deze luidde op het moment van het nemen van de bestreden besluiten, en niet aan de AVG.

Dat is een onjuiste interpretatie van de UAVG. Het betreffende artikellid luidt:

[UAVG:] Artikel 48 Overgangsrecht (...) 8. Op wettelijke procedures en rechtsgedingen waarbij het College bescherming persoonsgegevens voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze wet is betrokken, is het recht van toepassing zoals dit gold voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze wet.

Het herziene besluit op bezwaar dat hier in het geding is, is door de AP genomen op 22 december 2017. De AVG is al op 24 mei 2016 in werking getreden, met een overgangsperiode van twee jaar (tot 25 mei 2018). Dat betekent dat de Wbp ook in die overgangsperiode waar mogelijk al moest worden geïnterpreteerd in overeenstemming met de AVG (Unierecht).

(2) Als toepassing van de Wbp in het thans voorliggende geding op enig punt tot een andere uitkomst zou leiden dan toepassing van de huidige AVG, zou de rechtbank dat op zijn minst expliciet en specifiek moeten vermelden in zijn uitspraak.

(3) Het onder punten (1) t/m (3) gestelde geldt met name ook waar het gaat om de materiële eisen die de AVG stelt aan de bescherming van privacy. De autoriteiten hebben aangegeven dat de materiële eisen die de AVG stelt, niet of nauwelijks verschillen van die in de Wbp. In de inleiding bij de Memorie van Toelichting bij de UAVG staat bijvoorbeeld:

De materiële normen waaraan de verwerking van persoonsgegevens onder het regime van de verordening [de AVG] moet voldoen, zijn in grote lijnen gelijk gebleven aan die uit richtlijn 95/46/EG en de Wbp. Er zijn in de verordening zelfs bepaalde elementen uit de Wbp overgenomen zoals de aspecten die relevant zijn bij de beoordeling of het doel van een verdere verwerking verenigbaar is met het doel waarvoor de persoonsgegevens oorspronkelijk verzameld zijn (artikel 6, vierde lid van de verordening). Bovendien is er op een enkel punt ook sprake van een verruiming van de mogelijkheden om persoonsgegevens te verwerken.

De belangrijkste verschillen zien vooral op de rechten van betrokkenen die versterkt worden, en op de daarmee samenhangende verplichtingen van de verwerkingsverantwoordelijken, die strenger worden. (...) Aan de verwerkingsverantwoordelijke wordt meer transparantie en verantwoording gevraagd dan onder het huidige regime. De verwerkingsverantwoordelijke moet bijvoorbeeld voortaan kunnen aantonen dat hij in overeenstemming met de verordening handelt. (...) Hoewel er in materieel opzicht geen sprake is van

substantiële wijzigingen, kunnen de verantwoordings- en transparantieplichtingen voor een verwerkingsverantwoordelijke nopen tot aanpassingen van werkprocessen in zijn organisatie.²²

Als de rechtbank van opvatting is dat er in het voorliggende geding toch sprake is van een substantieel verschil tussen de Wbp en de AVG voor wat betreft de materiële normen die moeten worden gevolgd met betrekking tot het verwerken van persoonlijke reisgegevens, dan had de rechtbank dat in zijn uitspraak moeten vermelden, met het oog op de rechtszekerheid van mij en alle andere OV-reizigers nu en in de toekomst. Het recht moet kenbaar zijn, anders is het geen recht.

(3) De AVG geeft, in vergelijking met de Wbp, wel substantieel meer handhavingsinstrumenten aan de AP als toezichthouder en handhaver. Met het oog op de rechtsgelijkheid tussen verwerkingsverantwoordelijken, en met het oog op de rechtsgelijkheid tussen burgers (betrokkenen), zou het niet redelijk zijn als de AP op dit moment in sommige gevallen minder streng gaat handhaven omdat de klacht over een bepaalde overtreding al langer geleden is ingediend. Bij handhaving gaat het bovendien om een beoogd effect in de toekomst.

Het zou anders zijn als er reeds een handhavingsbesluit, inclusief handhavingsmaatregelen, door de AP was getroffen. In dat geval zou het met het oog op de rechtszekerheid van de overtreder (de verwerkingsverantwoordelijke) niet acceptabel zijn om de getroffen maatregel na inwerkingtreding van de AVG te vervangen door een strengere maatregel (een soort van *reformatio in peius*). Maar dat is nu niet aan de orde, aangezien de AP nog geen overtreding heeft willen constateren.

De AP en de rechtbank zijn niet toegekomen aan een afweging over (de proportionaliteit van) ingezette handhavingsinstrumenten, omdat zij van mening zijn dat er helemaal niet hoeft te worden gehandhaafd. Mocht uw Afdeling de uitspraak van de rechtbank vernietigen op grond van de onjuistheid van de conclusie dat er geen sprake zou zijn van een overtreding van NS, dan verzoek ik uw Afdeling om in uw uitspraak al duidelijk te maken dat, als er thans wordt vastgesteld (door de rechtbank of door de AP) dat er wel degelijk sprake is van een overtreding, de AP haar afweging ten aanzien van in te zetten handhavingsinstrumenten moet maken op basis van de AVG.

(4) Ik heb steeds betoogd dat het besluit van de AP ten aanzien van mijn handhavingsverzoek in overeenstemming moet zijn met het EVRM, en dat in Nederland geldende privacy-regelgeving, ongeacht of dat de Wbp is of de AVG, moet worden geïnterpreteerd in overeenstemming met artikel 8 van het EVRM, in combinatie met het beginsel van horizontale werking,²³ waardoor de bescherming die artikel 8 EVRM biedt, ook geldt voor de omgang van particuliere organisaties of bedrijven met de privé-sfeer van burgers. Dat artikel is niet veranderd.

(5) Op het punt van de overgang van Wbp naar AVG wil ik mij nog laten voorlichten door een deskundige. Mogelijk zal ik naar aanleiding daarvan mijn motivering van dit hoger beroep op dit punt nog aanvullen.

22 J. Berkvens en C.Jakimowicz, *Tekstuitgave Privacyverordening en UAVG*, tweede druk, 2018, pp. 762-763

23 Zie: aanvulling beroepen d.d. 5 juli 2019, paragr. 2.2.5, voetnoot 47 (pp. 39-40).

4.3 EU-verordening t.a.v. GTBV: verkeerde weergave van mijn opvatting

De rechtbank geeft mijn opvatting over de implicaties van Europese regelgeving ten aanzien van Geld Terug Bij Vertraging (GTBV) verkeerd weer. De rechtbank schrijft:

7. (...) De rechtbank volgt eiser niet in zijn stelling dat, omdat de verplichting voor het hebben van een regeling GTBV voortvloeit uit een Europese verordening²⁴, deze verordening en niet de vervoerovereenkomst de grondslag is voor de verwerking van persoonsgegevens.

Dat heb ik niet gezegd. Ik heb juist gezegd dat er uit die Europese verordening geen wettelijke taak voor enige verwerking van persoonsgegevens valt af te leiden.²⁵ De Europese verordening verplicht vervoerbedrijven om bij aanzienlijke vertraging reizigers te compenseren. Vervoerbedrijven hebben de vrijheid zelf te kiezen hoe zij dat willen organiseren. Voorafgaand aan de afschaffing van papieren treinkaartjes, kon je je treinkaartje samen met een ingevuld formulier bij een NS-balie inleveren of opsturen naar NS, om te bewijzen dat je de vertraagde reis had gemaakt. Met dat systeem werden geen persoonlijke reisgegevens verzameld, behalve die van de specifieke, vertraagde reis. Dat systeem was privacy-vriendelijk, en daar had ik geen bezwaar tegen.

Het systeem waarbij je je (persoonsgebonden of quasi-"anonieme"-OV-chipkaart) moet laten scannen, of het unieke pasnummer daarvan aan NS kenbaar moet maken om voor GTBV in aanmerking te komen, is echter niet privacy-vriendelijk, omdat **a)** de "anonieme"-OV-chipkaart op die manier in ieder geval niet langer anoniem is; en **b)** er via die OV-chipkaart ook de persoonlijke reisgegevens van andere reizen dan de vertraagde reis kunnen worden getraceerd, en vervolgens herleid tot de persoon van de kaarthouder.

Het bovenstaande is mede relevant omdat NS er blijk van geeft graag een "wettelijke taak" te willen aanvoeren als grondslag, indien de grondslag waarop NS en de AP zich nu beroepen (art. 8 onder b Wbp: *noodzaak voor uitvoering contract*), door de rechter niet zou worden gehonoreerd. Dit blijkt uit de pleitnota van NS in een andere rechtszaak, die is gevoerd door een andere OV-reiziger (UTR 18/1556 WBP). In die zaak betoogde NS ter zitting op 14 december 2018:

De verwerking van de door in- en uitchecken vastgelegde persoonsgegevens is nodig ter uitvoering van de reisovereenkomst en vindt dus zijn grondslag in artikel 8 aanhef en onder b Wbp. En daarbij is de reiziger verplicht op grond van de wet (artikel 47 lid 2 sub b Besluit Personenvervoer 2000) dat er wordt in- en uitgecheckt als er gebruik wordt gemaakt van het openbaar vervoer. Dit duidt erop dat de grondslag ook kan worden gevonden in artikel 8 aanhef en onder c Wbp.

Dat klopt niet. En de advocaat van NS (dezelfde als in mijn zaak) bracht het in die andere zaak naar voren op een moment dat ik het argument van een "wettelijke taak / grondslag ex art. 8 onder c Wbp voor OV-chipkaart-systeem" in mijn zaak al had weerlegd: • reactie 25 september 2017, par. 2.1.1 (pp. 3-4); par. 2.2.2.2 (p. 11); • bezwaarschrift 16 oktober 2017, par. 2.9.

²⁴ Verordening (EG) nr. 1371/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende de rechten en verplichtingen van reizigers in het treinverkeer.

²⁵ Beroepschrift Jonker 29 januari 2018, paragr. 3.5.2 (p. 14); en aanvulling 5 juli 2019, paragr. 2.2.9 (p. 48).

4.4 Weigering rechtbank om serieus en onbevooroordeeld te toetsen

(1) De rechtbank schrijft in zijn uitspraak van 5 september 2019:

De rechtbank zal minder indringend toetsen of aan de noodzakelijkheidstoets is voldaan, omdat verweerder op dat vlak beoordelingsruimte heeft. Bij de beoordeling van de alternatieven die de aanvrager heeft aangedragen (subsidiariteit) hanteert de rechtbank het uitgangspunt dat verweerder deze dient te onderzoeken. De intensiteit waarmee dit dient te gebeuren wordt mede bepaald door de specificiteit van de aangedragen alternatieven. Met andere woorden: hoe gedetailleerder de aanvrager het alternatief beschrijft, hoe indringender verweerders onderzoek moet zijn.

Uit de rest van de uitspraak, waarin de rechtbank weinig meer doet dan het herhalen van de opvattingen van de AP, terwijl mijn argumenten worden genegeerd, blijkt dat "minder indringend toetsen" in feite niet meer is dan een eufemisme van de rechtbank voor haar weigering om serieus te toetsen. Op deze manier krijg ik als burger geen serieuze rechtsbescherming. Ik zal dit hieronder eerst bespreken voor wat betreft de noodzakelijkheidstoets, en vervolgens voor wat betreft de subsidiariteitstoets.

Noodzakelijkheidstoets

(2) In mijn brief d.d. 11 augustus 2019, die door de rechtbank betrokken is bij de processtukken, heb ik in reactie op een argument dat door NS naar voren was gebracht, onderbouwd waarom de "discretionaire bevoegdheid" (beoordelingsruimte) van de AP niet mag worden opgevat als een vrijbrief voor de AP om zich te onttrekken aan haar wettelijke en verdragsrechtelijke taak om middels toezicht en handhaving een hoog beschermingsniveau te realiseren op het gebied van privacy.

NS had verwezen naar een boek uit 2007, waarin wordt beweerd: "*Het CBP [later: AP] heeft op grond van artikel 60 Wbp een discretionaire onderzoeksbevoegdheid, hetgeen inhoudt dat het CBP niet verplicht is een onderzoek in te stellen.*"

De rechtbank maakt niet duidelijk of hij dit wel of niet onderschrijft. Sinds 2007 is er echter nieuwe jurisprudentie, bijv. Schrems vs. Data Protection Commissioner, 2015, waarnaar ik in deze casus ook heb verwezen.²⁶ Die jurisprudentie, die dus aan de rechtbank bekend is, maakt duidelijk dat het de AP niet vrijstaat om simpelweg, met willekeur, te weigeren onderzoek te doen of te handhaven, en dat de AP op grond van Europese regelgeving ook al voorafgaand aan de AVG verplicht was om een "hoog, doeltreffend en volledig" beschermingsniveau te realiseren in Nederland. Het had dus op de weg van de rechtbank gelegen meer indringend te toetsen.

Ook voorafgaand aan de AVG had de verwerkingsverantwoordelijke (NS) een verantwoordingsplicht (art. 15 Wbp; art. 5 lid 2 AVG), die de bewijslast dat de gegevensverwerking rechtmatig is, bij de verantwoordelijke legt. Of vinden de AP en de rechtbank dat verwerkingsverantwoordelijken voorafgaand aan de AVG niet hoefden aan te tonen dat zij voldeden aan de Wbp, maar dat de toezichthouder daar blindelings van moest uitgaan? Dat zou absurd zijn, dat wil zeggen: onredelijk en in strijd met het ook toen geldende vereiste van een hoog beschermingsniveau.

²⁶ Zie: aanvulling d.d. 7 oktober 2015 op beroepschrift; deels geciteerd in paragraaf 4.10 van dit hoger-beroepschrift.

Er kan alleen voldaan worden aan het vereiste van een hoog, doeltreffend en volledig beschermingsniveau als:

- a) de toezichthouder (de AP) indringend toetst of de verwerkingsverantwoordelijke (NS) voldoet aan het noodzakelijkheidsvereiste, en of NS dat kan aantonen;
- b) de rechtbank indringend toetst of de toezichthouder zijn toetsing effectief heeft verricht. Dat betekent dat de rechtbank moet toetsen of de toezichthouder de juiste vragen heeft gesteld, en of de toezichthouder heeft gecontroleerd of de antwoorden daarop van de verwerkingsverantwoordelijke in overeenstemming waren met de werkelijkheid, in het licht van het gedane handavingsverzoek.

Dat is in de huidige casus geen van beide gebeurd. Wat er wel is gebeurd, is dat:

- a) de verwerkingsverantwoordelijke (NS) heeft gezwaaid met wisselende, algemeen geformuleerde, abstracte doelen, zoals "technisch nodig voor het systeem", "efficiëntie", "fraudepreventie", en heeft gezegd: "Trouwens, wij mogen die persoonsgegevens sowieso verwerken, want wij hebben dat in onze algemene voorwaarden gezet. Dus: contract!";
- b) de toezichthouder heeft gezegd: "Prima, ga je gang NS. Wij gaan ervan uit dat het allemaal goed zit, als jullie dat zeggen. Het handavingsverzoek van de burger wordt afgewezen";
- c) de rechtbank heeft gezegd: "Dat gaan wij niet indringend toetsen, want de AP mag dat allemaal zelf bepalen..." En heeft gedacht: "Stel je voor, we willen NS en de AP het leven toch niet zuur maken? Nou dan. Burgers moeten niet zeuren, maar gewoon gehoorzamen."

Tot zover onze "rechtsstaat", die op deze manier gereduceerd wordt tot een opgevrolijkte façade van een autoritaire staat. De vraag is nu of dit op het hoogste niveau door uw Afdeling gecorrigeerd gaat worden.

Subsidiariteitstoets

(3) Voor wat betreft de subsidiariteitstoets, wijkt de rechtbank af van jurisprudentie van uw afdeling die ik in de procedures m.b.t. deze casus herhaaldelijk heb genoemd, namelijk de uitspraak van uw Afdeling op 19 oktober 2016.²⁷ In die uitspraak geeft u aan dat het op de weg van de toezichthouder ligt om zelf te onderzoeken of er alternatieven zijn die minder inbreuk op de privacy maken. De AP heeft daar in haar verweerschrift tegenin gebracht:

- a) dat ik gesteld zou hebben dat de AP "het bewijs zou moeten leveren van het ontbreken van dergelijke alternatieven". Dat heb ik niet gesteld. Het gaat hier om een onderzoeksplicht.
- b) dat er "in een geval als het onderhavige" "op het eerste gezicht geen sprake is" van een alternatief, waaruit de AP vervolgens concludeert dat ze ook niks hoeft te onderzoeken. De AP heeft kennelijk "op het eerste gezicht" de alternatieven die ik haar had voorgeschoteld, *niet gezien*... Dat kan alleen als de AP zichzelf een blinddoek voordoet.

Ik heb deze twee argumenten van de AP in mijn aanvulling d.d. 5 juli 2019 besproken,²⁸ en tevens twee alternatieven nog weer nader uitgewerkt.²⁹ De rechtbank zwijgt daar echter over. Als ik iets zeg waar de rechtbank het niet mee eens is, dan zegt de rechtbank dat. Maar als de AP iets doms zegt, zwijgt de rechtbank. Dat is meten met twee maten. In paragraaf 4.7 meer over subsidiariteit. Hier gaat het over de weigering om eerlijk te toetsen.

²⁷ ECLI:NL:RVS:2016:2743.

²⁸ Aanvulling beroepen d.d. 5 juli 2019, paragraaf 2.3.4 (p. 58)

²⁹ Aanvulling beroepen d.d. 5 juli 2019, paragrafen 2.2.10 (p. 50) en 2.2.11 (p. 51).

4.5 Noodzakelijkheid - is niet hetzelfde als ambitie

In zijn uitspraak d.d. 5 september 2019 verdeelt de rechtbank zijn beoordeling van de eventuele noodzakelijkheid van de verwerking van persoonlijke reisgegevens in vier onderdelen. Ik zal die hier achtereenvolgens bespreken.

4.5.1 Noodzakelijkheid voor de uitvoering van een overeenkomst

(1) De rechtbank schrijft hierover:

7. Zoals onder 2.1 is weergegeven, mogen op grond van artikel 8, aanhef en onder b, van de Wbp persoonsgegevens worden verwerkt als dit noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst. Verweerder stelt zich terecht op het standpunt dat hier sprake is van uitvoering van een overeenkomst. Aan alle drie de verwerkingen van persoonsgegevens ligt een overeenkomst ten grondslag. Niet in geschil is dat een voordeelurenabonnement een contract is tussen de NS en de houder van het abonnement. Ook is niet in geschil dat een vervoerovereenkomst ontstaat op het moment dat een reiziger met de NS reist en dat de regeling GTBV deel uitmaakt van deze overeenkomst.

(2) De rechtbank geeft mijn standpunt hier om te beginnen op twee punten verkeerd en onvolledig weer. Ik heb wel degelijk aangevoerd dat de door NS in haar algemene voorwaarden opgenomen bepalingen ten aanzien van voordeelurenabonnementen niet moeten worden beschouwd als een vrijwillig aangegaan contract, en dat ook de algemene voorwaarden van NS ten aanzien van reizen zonder voordeelurenabonnement niet moeten worden beschouwd als een vrijwillig aangegaan contract. En ik heb daarbij aangevoerd dat dat gebrek aan vrijwilligheid relevant is voor de **vraag of er sprake is van een contract in de zin de Wbp of de AVG**.

Immers, als het zo zou zijn dat een monopolist met een publieke nutsfunctie waarvan honderdduizenden, zo niet miljoenen reizigers afhankelijk zijn, een willekeurig "contract" mag afdwingen waarin wordt voorgeschreven dat persoonsgegevens van alle reizigers worden verwerkt, los van de vraag of daar een objectieveerbare noodzaak voor bestaat, dan zou er sprake zijn van een recht voor verwerkingsverantwoordelijken om met volstrekke willekeur persoonsgegevens te verwerken, als het ze lukt om personen te dwingen hun persoonsgegevens af te staan.

Ik heb betoogd dat de bovengenoemde vraag negatief moet worden beantwoord, omdat de Wbp en de AVG geïnterpreteerd moeten worden in overeenstemming met artikel 8 van het EVRM. Dat verdragsartikel staat geen willekeur toe bij het verwerken van persoonsgegevens.

(3) De rechtbank had dit argument van mij moeten adresseren, en expliciet duidelijk moeten maken of zij het wel of niet met mijn redenering eens is. En zo niet, waarom niet? Bovendien had de rechtbank vervolgens duidelijk moeten maken of zij van opvatting is dat het bestaan van een (afgedwongen of vrijwillig) "contract" een zelfstandige grond is voor de conclusie dat er een wettelijke grondslag bestaat voor de verwerking van persoonsgegevens.

Als dat namelijk zo is, dan zou dat twee consequenties hebben:

- a) Als organisaties maar machtig genoeg zijn, mogen zij rechtens naar willekeur persoonsgegevens verwerken, mits zij dat maar in hun algemene voorwaarden opnemen; en
- b) Er is dan geen andere wettelijke grondslag nodig, dus ook geen noodzakelijkheid of subsidiariteit. Het bestaan van een "contract" (afgedwongen of vrijwillig aangegaan) waarin de verwerking wordt voorgeschreven, is dan in zichzelf al voldoende om te concluderen dat de persoonsgegevens mogen worden verwerkt op grond van artikel 8 sub b Wbp (artikel 6 lid 1 sub b AVG: "noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst").

Anderzijds, als dat niet zo is, bijvoorbeeld omdat het niet in overeenstemming is met het EVRM, dan moet er wèl een objectiveerbare noodzaak worden aangetoond, alsmede subsidiariteit. In dat geval is het contract niet meer dan een additionele voorwaarde waaraan moet worden voldaan.

Door dit in het midden te laten, laat de rechtbank rechtsonzekerheid voortbestaan. Dat is geen rechtspraak, maar het willens en wetens in stand houden van onduidelijkheid als dekmantel voor data-roof.

Ik verzoek uw Afdeling om op dit punt duidelijkheid te verschaffen, door vier vragen te beantwoorden over de verwerking van persoonsgegevens zonder vrijwillige instemming van de betrokkene:

Vraag 1: Als een contract de verwerking van persoonsgegevens voorschrijft, of als de uitvoering van een contract de verwerking van persoonsgegevens vereist, is het loutere bestaan van dat contract dan, los van de wijze waarop het is tot stand gekomen en los van de motieven waarmee, de redenen waarom of de doelen waarvoor het tot stand is gekomen, op zichzelf al voldoende reden om te concluderen dat er een wettelijke grondslag voorhanden is voor de verwerking, zonder instemming van de betrokkene, van de betreffende persoonsgegevens?

Vraag 2: Als de eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord, wat is er dan naast het bestaan van zo'n contract nog meer nodig om te kunnen concluderen dat er een wettelijke grondslag voorhanden is in de zin van artikel 8 sub b Wbp (artikel 6 lid 1 sub b AVG)? Moet er dan misschien sprake zijn van een objectiveerbare, specifieke, concrete noodzaak zoals bedoeld in het tweede lid van artikel 8 EVRM?

Vraag 3: Als de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord, klopt het dan dat er in dat geval persoonsgegevens mogen worden verwerkt zonder instemming van de betrokkene, en tegelijk zonder dat dat noodzakelijk is? En hoe verhoudt zich dat dan tot het verbod op inbreuken in de persoonlijke levenssfeer, zoals opgenomen in artikel 8 EVRM, en tot het verbod op zulke inbreuken zonder basis in een Nederlandse wet in formele zin, zoals bedoeld in artikel 10 lid 1 Grondwet?

Vraag 4: Als de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord, vloeit er dan uit artikel 8 EVRM en/of uit artikel 5 lid 1 onder b) AVG (artikel 7 Wbp) ("welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doelen") een verbod voort op het opstellen van contracten die strekken, of kunnen strekken, tot het onvrijwillig verwerken van persoonsgegevens in strijd met deze artikelen - alsmede een plicht om zulke onrechtmatige contracten, indien ze reeds bestaan, aan te passen om ze in overeenstemming te brengen met geldende regelgeving?

Als uw Afdeling deze vragen niet beantwoordt, creëert u daarmee willens en wetens een rechteloze zone, zoals hiervoor in paragraaf 4.1 besproken.³⁰ In dat geval zal ik de Europese rechter verzoeken om hierover duidelijkheid te scheppen. Indien uw Afdeling deze vragen niet zelf kan beantwoorden, zou het echter mijn voorkeur hebben als u deze vragen als prejudiciële vragen zou willen voorleggen aan het Europese Hof van Justitie.

Het vraagstuk van de relatie tussen noodzakelijkheid, doelbinding en gerechtvaardigheid

(4) Het is goed om, als het gaat om niet-vrijwillige verwerking, het vraagstuk van de relatie tussen noodzakelijkheid en doelbinding expliciet te maken. Er moet dan onderscheid worden gemaakt tussen op zijn minst drie soorten noodzakelijkheid voor de verwerking van persoonsgegevens:

- *A* objectieveerbare, specifieke, concrete noodzakelijkheid voor het bereiken van doelen zoals limitatief opgesomd in artikel 8 lid 2 EVRM, bijvoorbeeld "nationale veiligheid"; dit is inclusief de verwerking van persoonsgegevens bij het vervolgen van criminelen en andere verwerkingen die buiten het toepassingsbereik van de AVG en de Wbp vallen.
- *B* objectieveerbare, specifieke, concrete noodzakelijkheid voor het bereiken van doelen zoals vastgelegd bij Nederlandse wet in formele zin (zie Grondwet artikel 10), of in artikel 6 lid 1 onder d) AVG (artikel 8 onder d Wbp) (vitale belangen);
- *C* objectieveerbare, specifieke, concrete noodzakelijkheid voor het bereiken van doelen die door verwerkingsverantwoordelijken zelf naar believen (d.w.z. met willekeur) zijn gekozen.

Categorie *C* behoort niet tot de categorie "gerechtvaardigde" doelen zoals bedoeld in artikel 5 lid 1 onder b) AVG (artikel 7 Wbp). De niet-vrijwillige verwerking van persoonsgegevens voor doelen die uitsluitend onder categorie *C* vallen, maar niet (tevens) onder categorie *A* of *B*, is daarom niet gerechtvaardigd, en dus onrechtmatig.

Als een doel voortkomt uit een wens of een ambitie van een (potentiële) verwerkingsverantwoordelijke, dan betreft het een doel in categorie *C*. De enkele wens of ambitie van een verwerkingsverantwoordelijke, ongeacht of die nu wel of niet is vastgelegd in "algemene voorwaarden" of een "contract", biedt om die reden geen wettelijke grondslag zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 AVG (artikel 8 Wbp). Naast die wens of ambitie is er in dat geval altijd nog iets anders nodig, namelijk ofwel vrijwillige instemming van de betrokkene, ofwel een noodzaak die voortkomt uit een doel in categorie *A* of *B*, ofwel nog een andere reden voor "gerechtvaardigheid".

4.5.2 Voldoet de verwerking bij het voordeelurenabonnement aan de noodzakelijkheidstoets?

(1) De rechtbank schreef over de noodzakelijkheidstoets ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens bij gebruik van het voordeelurenabonnement het volgende:

8. Eiser [Jonker] betoogt dat de NS op grond van een voordeelurenabonnement de verplichting heeft om er voor te zorgen dat de reiziger met korting met de trein kan reizen. Voor het uitvoeren van deze contractuele verplichting is niet noodzakelijk dat de NS reisgegevens verwerkt. Vóór 9 juli 2014 had de NS dezelfde contractuele verplichting en toen werden reisgegevens niet geregistreerd. Verweerder [de AP] heeft onvoldoende onderbouwd waarom de verwerking van deze gegevens sinds de invoering van de OV-chipkaart wel noodzakelijk is. Ook heeft verweerder onvoldoende gemotiveerd waarom het

³⁰ Zie ook mijn beroepschrift d.d. 24 mei 2019 (bijlage) m.b.t. "contract" en "vrijwilligheid" in de zaak-Connexion.

inchecken met een volledig anonieme OV-chipkaart, een eenmalige anonieme kaart met chip of een eenmalig anoniem papieren kaartje (alle drie met voordeelurenkorting), in combinatie met het als zichtkaart tonen van een voordeelurenabonnement tijdens de controle in de trein, geen goed alternatief is.

8.1 Op grond van artikel 1 van de 'Productvoorwaarden Voordeelurenabonnement' moet de NS op basis van het voordeelurenabonnement er voor zorgen dat de reiziger met korting kan reizen op saldo bij de in artikel 10 van die voorwaarden bedoelde reizen. In de artikelen 5 en 6 staat in welke gevallen sprake is van misbruik en fraude en dat, als hiervan sprake is, een voordeelurenabonnement kan worden opgezegd of een boete kan worden opgelegd. In artikel 13 staat dat aan het begin en einde van de reis moet worden in- en uitgecheckt. Deze voorwaarden maken deel uit van de overeenkomst.

8.2 Verweerder [de AP] heeft terecht gesteld dat de voorwaarden van het voordeelurenabonnement met de invoering van het OV-chipkaartsysteem zijn veranderd. Zij heeft ook voldoende gemotiveerd waarom het verwerken van reisgegevens sindsdien noodzakelijk is voor de controle of de voorwaarden worden nageleefd en dus voor het uitvoeren van de overeenkomst. Als de NS deze gegevens niet verwerkt, kan namelijk niet worden gecontroleerd of de reiziger op de juiste wijze heeft in- en uitgecheckt, of de reissom juist is bepaald en het juiste saldo is afgeboekt en of er misbruik wordt gemaakt en/of fraude wordt gepleegd.

(2) De rechtbank gaat hier voorbij aan een cruciaal punt, namelijk dat al die "controles" alleen maar noodzakelijk zijn als gevolg van de "veranderingen" die de invoering van het OV-chipkaartsysteem met zich meebracht. De rechtbank zwijgt over de vraag of de invoering van het OV-chipkaartsysteem in zijn huidige vorm überhaupt noodzakelijk was. Als de noodzaak van de invoering van dat systeem in die specifieke vorm niet is aangetoond, dan is ook de noodzaak van de verwerking van die persoonsgegevens niet aangetoond.

Met andere woorden, de rechtbank behandelt de invoering van het OV-chipkaartsysteem in zijn huidige vorm stilzwijgend als een voldongen feit. Door dit te doen, stemt de rechtbank stilzwijgend in met de eerste fase van wat hoogleraar S. Zuboff de "onteigeningscyclus" noemt, namelijk de fase van illegale invasie van de privacy van burgers.³¹

Op het moment dat het OV-chipkaartsysteem werd ingevoerd (rond 2008), waren het EVRM en de Wbp al van kracht. En op het moment dat mij de mogelijkheid werd ontnomen om met papieren treinkaartjes te blijven reizen (2014) waren het EVRM en de Wbp eveneens van kracht. NS heeft dus, met collusie van de rijksoverheid, willens en wetens een systeem ingevoerd dat in strijd was met een geldend verdrag en een geldende wet, en dat de privacy van burgers schaadde.

Geconcludeerd moet worden dat er voor de invoering van het OV-chipkaartsysteem als geheel, in zijn toenmalige en in zijn huidige vorm, geen noodzakelijkheid is aangetoond. Daardoor is het systeem, voorzover het de verwerking van persoonsgegevens behelst, als geheel in strijd met artikel 8 EVRM en met de Wbp (AVG). De rechtbank had deze onrechtmatigheid moeten constateren en moeten betrekken in zijn oordeel. Ten onrechte heeft de rechtbank dat nagelaten.

31 S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, pp. 138-155.

Geen verjaring

(3) Nu betaat er in het recht het concept van "verjaring": als iemand heel lang niet protesteert tegen een bepaalde schending van zijn recht, bijvoorbeeld zijn recht om op zijn eigen grondgebied gevrijwaard te blijven van indringers, dan kan hij daardoor een deel van zijn rechten verliezen. Er ontstaat dan bijvoorbeeld een recht van overpad op zijn grondgebied.

In de casus van de OV-chipkaart gaat verjaring echter niet op. Zodra mij de mogelijkheid om met privacy met de trein te reizen werd ontnomen, ben ik daartegen opgekomen en heb mijn rechtsmiddelen gebruikt (handhavingsverzoeken van 17 juni 2014 en 21 februari 2015 bij de AP).

Ik heb daarbij niet verzocht om volledige afschaffing van het OV-chipkaart-systeem, maar wel om het herstel van een situatie waarin ik zelf met privacy per trein kan reizen, zonder onredelijk benadeeld te worden. Dat herstel kan ofwel plaatsvinden door herstel van de mogelijkheid om laagdrempelig en zonder nadelige voorwaarden of tarieven papieren vervoerbewijzen aan te schaffen, ofwel door middel van een aanpassing of vervanging van het OV-chipkaart-systeem.

Het is aan de AP om door middel van handhavende maatregelen zo'n herstel van een rechtmatige situatie te bewerkstelligen.

Relatie tussen noodzakelijkheid en subsidiariteit

(4) Naast de eerder besproken vraag naar de relatie tussen noodzakelijkheid, doelbinding en gerechtvaardigheid, is er ook de vraag naar de relatie tussen noodzakelijkheid en subsidiariteit. Als er eenmaal sprake is van een gerechtvaardigd doel en een objectiveerbare, specifieke en concrete noodzaak om persoonsgegevens te verwerken om dat doel te kunnen bereiken, dan vereist het subsidiariteitsbeginsel dat van alle methodes waarmee dat doel kan worden bereikt, de verwerkingsverantwoordelijke kiest voor de methode die de minste inbreuk maakt op privacy.

Het subsidiariteitsbeginsel wordt dus pas relevant, als er eerst zo'n objectiveerbare, specifieke en concrete noodzaak in combinatie met een gerechtvaardigd doel is vastgesteld.

De AP en de rechtbank gaan daar niet zorgvuldig mee om. Zij keren de volgorde om door:

- eerst alternatieve oplossingen weg te wuiven; en
- vervolgens uit het vermeende ontbreken van die alternatieve oplossingen een "noodzaak" af te leiden.

Op die manier slaan ze de vraag over of er überhaupt sprake is van objectiveerbare noodzakelijkheid in relatie tot een gerechtvaardigd doel.

(5) Ik zal de manier waarop de rechtbank mogelijke alternatieven wegwuift, verderop bespreken in paragraaf 4.7 ("*Subsidiariteit - is niet hetzelfde als 'het alleen zó willen'*")

4.5.3 Voldoet de verwerking bij de quasi-"anonieme" OV-chipkaart aan de noodzakelijkheids-toets?

(1) In navolging van eerst de advocaten van NS (najaar 2018; "*naamloze kaart*"), en vervolgens de AP, heeft de rechtbank de benaming "anonieme OV-chipkaart", waarmee OV-reizigers en het Nederlandse parlement negen jaar lang werden misleid, stilzwijgend veranderd in "niet-persoonlijke OV-chipkaart", zonder de misleiding te benoemen. Hiermee geeft de rechtbank rugdekking

aan de misleiders. De strategie die de overtreder, de toezichhouder en de rechtbank gezamenlijk volgen, lijkt te zijn: "We doen net of die misleiding nooit heeft plaatsgevonden. Dan vergeet iedereen na een tijdje vanzelf dat de grootschalige, onvrijwillige verwerking van persoonlijke reisgegevens - met andere woorden, de data-roof - met list en bedrog is ingevoerd..." Met een rechtsstaat heeft dergelijk verzwijg-gedrag van een rechtbank natuurlijk niets te maken.³²

(2) De rechtbank schrijft in zijn uitspraak d.d. 5 september 2019 over dit onderwerp het volgende:

9. Vaststaat dat de niet-persoonlijke OV-chipkaart, net zoals de persoonlijke OV-chipkaart, twee unieke pasnummers bevat. Met het ene pasnummer worden reisgegevens geregistreerd, met het andere overige persoonsgegevens (bij de niet-persoonlijke kaart zijn dit betaalgegevens die worden verkregen bij het met de pinpas laden van saldo op de OV-chipkaart). Verder wordt het saldo van de OV-chipkaart geadmistreerd in de back-office van Trans Link Systems B.V. (TLS; het bedrijf dat de OV-chipkaarten uitgeeft). Niet in geschil is dat dit betekent dat persoonsgegevens worden verwerkt bij gebruik van een niet-persoonlijke OV-chipkaart.

(3) De rechtbank suggereert hier, door middel van de multi-functionaliteit van het woordje "met", dat die pasnummers instrumenten zijn waarmee persoonsgegevens worden verwerkt, in plaats van slechts kenmerken die tijdens die verwerking aan de verzamelde persoonsgegevens worden gekoppeld. Dit is een prelude op het belang dat de rechtbank verderop zal hechten aan het "gescheiden bewaren" van verschillende persoonsgegevens - waarover straks meer.

(4) De rechtbank vervolgt:

Ter zitting is vastgesteld dat niet-persoonlijke OV-chipkaarten kunnen worden gekocht bij NS-kaartautomaten op de stations. Deze kaart kan met muntgeld worden betaald. Ook kan met muntgeld saldo op de kaart worden geladen. Bij NS-balies op de stations kunnen deze niet-persoonlijke OV-chipkaarten met bankbiljetten worden betaald en geladen met saldo. Daarvoor moet een toeslag van €0,50 worden betaald. Als een niet-persoonlijke OV-chipkaart met contant geld is betaald en geladen met saldo, wordt in het systeem van TLS alleen geregistreerd dat de kaart een bepaald saldo heeft.

(5) Deze passage bevat een feitelijke onjuistheid. Het is niet waar dat TLS bij contant betaalde quasi-"anonieme" OV-chipkaarten alleen registreert "dat" de kaart een bepaald saldo heeft. Ook de plaatsen en tijdstippen van wijziging van dat saldo worden geregistreerd, waaronder de poortjes/paaltjes waar wordt in- en uitgecheckt. Daaruit vallen de persoonlijke reisbewegingen van de kaarthouder te reconstrueren. Wat TLS precies allemaal registreert, is op dit moment nog niet transparant. De rechtbank doet hierover ten onrechte een niet-onderbouwde aanname.

(6) De rechtbank vervolgt:

9.1 Eiser [Jonker] betoogt dat, ook als een niet-persoonlijke OV-chipkaart met contant geld wordt betaald, het aan de hand van de geregistreerde reisbewegingen en met behulp van

³² Ondertussen wordt het op de website van NS nog steeds misleidend een "anonieme" OV-chipkaart genoemd. Laatste keer dat ik dat gecheckt en gedownload heb: 24 oktober 2019. Zie bijlage. Bron: <https://www.ns.nl/reisinformatie/reizen-met-ov-chipkaart/reizen-verschillende-ov-chipkaarten.html>

profileringstechnieken mogelijk is om de identiteit van de persoon die de kaart gebruikt te achterhalen. Daarnaast is het onevenredig bezwarend om elke keer voldoende muntgeld te sparen en moet voor het laden van saldo bij een balie, die niet op elk station aanwezig is, de voornoemde toeslag worden betaald. Er is een, al bestaand, alternatief voor de uitvoering van de vervoerovereenkomst mogelijk, namelijk de verkoop van eenmalige (papieren) vervoerbewijzen, al dan niet met chip. De enige verandering die moet plaatsvinden is dat een dergelijke kaart op elk station contant moet kunnen worden betaald en dat het reistarief hetzelfde is als met de OV-chipkaart.

(7) De rechtbank doet hier onvoldoende recht aan mijn betoog (*downplaying*). Ik heb bijvoorbeeld ook het volgende aangevoerd:

- Quasi-"anonieme" OV-chipkaarten kunnen niet in alle NS-kaartautomaten worden gekocht, maar alleen in een minderheid van automaten (die hebben een speciaal logo);
- Bij de aanschaf van een quasi-"anonieme" OV-chipkaart moet €7,50 worden betaald, zonder dat dit de koper enig reisrecht oplevert;
- De beperking van de betaalmogelijkheid met contant geld tot alleen muntgeld is onredelijk bezwarend zodra het om bedragen van meer dan enkele euro's gaat. Voor een retour Arnhem-Den Haag (€40,60) moet ik dan bijvoorbeeld eerst eenentwintig twee-euro-muntstukken opsparen en meedragen; zodra ik meer dan één keer per week een treinreis maak, lukt dat in ieder geval niet meer, zelfs niet als ik in winkels elke keer met bankbiljetten betaal om wisselgeld op te sparen;
- Slechts op enkele grote treinstations in Nederland is er een balie waar met bankbiljetten kan worden betaald (tegen een extra toeslag). Op alle andere stations heeft NS de servicebalies afgeschaft;

(8) De rechtbank vervolgt:

9.2 Verweerder [de AP] heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het verwerken van persoonsgegevens, ook bij gebruik van een niet-persoonlijke OV-chipkaart, noodzakelijk is voor de uitvoering van de vervoerovereenkomst en de algemene voorwaarden die daar deel van uitmaken. Zonder deze gegevens kan niet worden gecontroleerd of de gebruiker van de kaart op de juiste wijze in- en uitcheckt, wat van belang is in het kader van het voorkomen van fraude en misbruik. Ook kan de NS zonder deze gegevens desgevraagd niet controleren of er onterecht (te veel) saldo is afgeschreven, of een reis verkeerd is geregistreerd, of dat er een fout is opgetreden bij het verwerken van de gegevens op de OV-chipkaart.

(9) De rechtbank volgt hier ten onrechte kritiekloos de redenering van NS en de AP, waarin het OV-chipkaart-systeem in zijn huidige vorm als uitgangspunt wordt genomen, dat wil zeggen als doel waarvan de gerechtvaardigheid niet zou worden betwist, en als voldongen feit. Dat is onjuist. Ik heb vanaf het begin (in 2014) betoogd dat er geen noodzaak bestaat om een dergelijk, privacy-schendend systeem in te voeren. De beweerde "noodzakelijkheid" van allerlei (extra) controles die de rechtbank noemt, ontstaat pas als gevolg van de invoering van het OV-chipkaart-systeem in zijn huidige vorm. Bijvoorbeeld: de beweerde noodzaak om te "controleren of een reis verkeerd is geregistreerd", ontstaat pas als er eerst besloten is een systeem in te voeren waarmee elke reis "geregistreerd" wordt. Door het door NS gekozen systeem als uitgangspunt te nemen, gaat de

rechtbank, in navolging van de AP, ten onrechte voorbij aan vraag of dat systeem, inclusief gegevensverwerking, überhaupt nodig is. Zie ook paragraaf 4.5.1.

4.5.4 Voldoet de verwerking bij de regeling GTBV aan de noodzakelijkheidstoets?

(1) Met betrekking tot de verwerking van persoonlijke reisgegevens in geval van Geld Terug Bij Vertraging (GTBV), schrijft de rechtbank in zijn uitspraak van 5 september 2019 het volgende:

10. Op de zitting is vastgesteld dat de regeling GTBV kan worden toegepast bij alle soorten OV-chipkaarten. Aan de hand van het unieke pasnummer op de OV-chipkaart kan worden gecontroleerd of de persoon die gebruik heeft gemaakt van deze kaart de vertrapte reis daadwerkelijk heeft gemaakt.

10.1 Eiser [Jonker] betoogt dat bij gebruik van een niet-persoonlijke OV-chipkaart de NS bij de controle of de vertrapte reis is gemaakt, alle reizen die met die kaart zijn gemaakt kan inzien. Hiervoor bestaat geen noodzaak. De controle in het kader van de regeling GTBV kan op een andere manier worden gedaan. Het alternatief dat al bestaat is het inleveren van een eenmalige OV-chipkaart. De NS registreert de daarmee gemaakte reis en bij vertraging van deze reis wordt een vergoeding uitgekeerd. Het probleem met deze eenmalige chipkaart is echter dat het reistarief hoger is. Ook heeft verweerder onvoldoende gemotiveerd waarom het [door Jonker] voorgestelde alternatief, het op het station door NS-personeel laten uitlezen van de OV-chipkaart en het vervolgens uitschrijven van een bon waarop het pasnummer niet wordt vermeld, geen goede oplossing is. Eiser betoogt verder dat verweerder [de AP], naast het ten onrechte verwerken van alle reisgegevens en het unieke pasnummer, ook ten onrechte gegevens als geslacht, adresgegevens, telefoonnummer, e-mailadres en geboortedatum verwerkt.

(2) In deze passage maakt de rechtbank twee fouten. Ten eerste spreekt de rechtbank van "het" door mij voorgestelde alternatief, terwijl ik meerdere alternatieven heb geopperd. Hierover meer in paragraaf 4.7.

(3) Ten tweede stelt de rechtbank hier ten onrechte dat ik betoogd zou hebben dat "verweerder" (dat wil zeggen de AP) allerlei reisgegevens van mij verwerkt. Dat heb ik nooit beweerd. Niet de AP, maar NS (de "derde-belanghebbende" in deze zaak) verwerkt mijn reisgegevens, en laat deze verwerken. Dat de rechtbank hier (waarschijnlijk per abuis) de AP als toezichthouder verwacht met NS als verwerkingsverantwoordelijke, is niet toevallig, maar begrijpelijk. Immers, de AP gedraagt zich in de praktijk als dezelfde partij als NS, en doet dat in deze casus al vanaf het begin (in 2014). In feite is er daarom ook geen sprake van drie verschillende partijen (verwerkingsverantwoordelijke, betrokkene en onafhankelijke toezichthouder). Er is slechts sprake van twee partijen, namelijk enerzijds een constellatie van organisaties die in achterkamertjes besloten heeft de privacy in het OV af te schaffen, met als "afdelingen" onder andere het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, NS en de AP; en anderzijds de betrokkene (ik als burger die tegen het handelen van deze constellatie opkomt). Inmiddels heeft de rechtbank zich, blijkens zijn uitspraak, en ondanks zijn formele onafhankelijkheid, ook bij die constellatie gevoegd.

De zogenaamde "redelijkheid" van die constellatie is de "redelijkheid" van een sekte met een tunnelvisie, waarin iedereen elkaar napraat met een schuin, hebbertig oog naar al die lekkere data.

(4) De rechtbank vervolgt:

10.2 Verweerder heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het verwerken van reisgegevens en het pasnummer noodzakelijk is voor de uitvoering van de regeling GTBV, die deel uitmaakt van de vervoerovereenkomst. De NS heeft de in- en uitcheckgegevens nodig voor het controleren van de informatie waarop de reiziger zijn claim baseert. Zonder reisgegevens zou iedere reiziger die op de hoogte is van een vertraging een beroep kunnen doen op de regeling GTBV. Ten aanzien van de overige persoonsgegevens heeft de NS verklaard dat telefoonnummer, e-mailadres en geboortedatum [*inmiddels, nadat ik de AP via de rechtbank gedwongen had meer onderzoek te doen - noot MJ*] niet meer worden geregistreerd. Verweerder heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat registratie van adresgegevens noodzakelijk is voor het toesturen van het restitutief formulier en dat het geslacht noodzakelijk is voor een respectvolle communicatie met de reiziger. Verweerder heeft daarbij nog van belang mogen achten dat geslacht in dit verband een niet gevoelig gegeven is.

(5) Ook in deze passage maakt de rechtbank verschillende fouten. Om te beginnen blijkt uit de formuleringen, zoals "heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen....." en "heeft daarbij van belang mogen achten.....", dat de rechter hier een oordeel uitspreekt op basis van een "marginale toetsing". In paragraaf 1.3 heb ik al betoogd dat de praktijk van "marginale toetsing" moet wijken voor zover die praktijk in concrete gevallen in de weg staat aan de realisatie van de materiële rechtsbescherming die door het EVRM en de AVG wordt vereist.

De rechtbank had dus niet moeten toetsen of de AP "zich in (*Nederlandse, zogenaamde*) redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat.....", maar of de AP "zich in (*Nederlandse, zogenaamde*) redelijkheid èn in overeenstemming met de materiële doelen en vereisten van het EVRM en de AVG op het standpunt heeft kunnen stellen dat.....".

(6) Daarnaast neemt de rechtbank in deze passage opnieuw het OV-chipkaart-systeem en de ten behoeve daarvan door NS afgedwongen quasi-"overeenkomst" als vanzelfsprekend uitgangspunt, ter rechtvaardiging van allerlei extra controles die alleen "nodig" zijn indien er voor dat systeem wordt gekozen en indien elk gelijkwaardig, privacy-vriendelijk alternatief aan OV-reizigers wordt ontnomen. Zie mijn opmerkingen hierover in paragraaf 4.5.1 en paragraaf 4.5.3 onder punt (9).

(7) Een voorbeeld daarvan is het "restitutief formulier" dat door de rechtbank als rechtvaardiging wordt opgevoerd voor het eisen van NAW-gegevens bij GTBV. Maar vroeger kon je bij vertraging gewoon je papieren, afgestempelde treinkaartje aan de balie inleveren, en dan werd de compensatie voor de vertraging aan de balie contant uitbetaald - zonder enige registratie van NAW-gegevens. Aangezien die compensatie altijd lager was dan het volledige bedrag van het ingeleverde treinkaartje, bestond er geen risico dat NS bij vertraging te veel uitbetaalde. Uit het feit dat NS zelf gekozen heeft voor de invoering van een omslachtige procedure met een "restitutief formulier", kan geen noodzaak voor de verwerking van NAW-gegevens bij GTBV worden afgeleid.

(8) Voorts maakt de rechtbank hier ten onrechte geen onderscheid tussen "reisgegevens" met betrekking tot de specifieke, vertraagde reis, en "reisgegevens" over meer dan alleen die reis, zoals geregistreerd via de uniek-genummerde, quasi-"anonieme" OV-chipkaart.

(9) Ten slotte hecht de rechtbank hier ten onrechte "belang" aan de vraag of geslacht "in dit verband" een "gevoelig" gegeven is - wat volgens de rechtbank niet het geval is. ● Ten eerste maakt het voor de vraag naar de noodzakelijkheid van gegevensverwerking niet uit of een persoonsgegeven "gevoelig" is of niet. Zonder noodzaak mogen persoonsgegevens hoe dan ook alleen worden verwerkt na vrijwillige toestemming van de betrokkene. ● Ten tweede kennen het EVRM, de AVG en de UAVG geen categorie "gevoelige" gegevens. De UAVG kent wel een categorie "bijzondere persoonsgegevens", gedefinieerd in artikel 1 UAVG, waarin wordt verwezen naar artikel 9 AVG. Het geslacht van personen kan worden opgevat als een genetisch en een biometrisch gegeven, zoals gedefinieerd in artikel 4 onder 13) en 14) AVG, en genoemd in artikel 9 lid 1 AVG.

De rechtbank fantaseert hier dus, op volstrekt subjectieve wijze, een wettelijk niet relevante, niet-bestaande categorie gegevens, kennelijk met de bedoeling om de AP en NS daarmee tegemoet te komen. Tot zover onze quasi-"onafhankelijke" rechtspraak.

Maar ook als de door de rechtbank genoemde "gevoelige gegevens" opgevat zouden worden als "bijzondere persoonsgegevens" in de zin van de UAVG, zou de stelling van de rechtbank om drie redenen niet kloppen: a) Geslacht moet, gezien de definitie in de AVG van "genetische" en "biometrische" persoonsgegevens, wel degelijk worden opgevat als een bijzonder persoonsgegeven in de zin van de UAVG; b) de vraag of een persoonsgegeven tot deze categorie behoort, is niet afhankelijk van enig "verband", zoals de rechtbank ten onrechte doet voorkomen; c) de wet schrijft voor dat wanneer er sprake is van bijzondere persoonsgegevens, de bescherming daarvan extra strikt is. Daaruit kan niet, zoals de rechtbank ten onrechte doet voorkomen, afgeleid worden dat als een persoonsgegeven niet tot deze speciale categorie behoort, het dan zonder noodzaak en zonder toestemming van de betrokkene verwerkt zou mogen worden.

Persoonlijk heb ik in het algemeen geen probleem met de registratie van mijn geslacht als onderdeel van een gerechtvaardigde NAW-registratie. En ik ben een tegenstander van onnodige juridisering. Maar het is helaas kennelijk nodig om op dit punt heel precies te zijn, in reactie op de "creativiteit" van sommige rechters. Bovendien kan geslacht voor andere mensen wèl een gegeven zijn dat hen heel kwetsbaar maakt.

4.5.5 Overlap tussen beoordeling noodzakelijkheid en subsidiariteit

Hiervoor, in paragraaf 4.5.2 onder punt (4), heb ik de relatie tussen noodzakelijkheid en subsidiariteit beschreven zoals die op grond van wet en redelijkheid zou moeten zijn. Met andere woorden, ik heb het daar gehad over noodzakelijkheid en subsidiariteit als beginselen (principes). In de paragrafen 4.5.1 t/m 4.5.4 ben ik ingegaan op de vraag of en zo ja wanneer er, met het oog op het noodzakelijkheidsbeginsel, überhaupt een noodzaak is voor de verwerking van persoonlijke reisgegevens van OV-reizigers.

In de praktijk kan zich echter een probleem voordoen bij de beoordeling van noodzakelijkheid, als de verwerkingsverantwoordelijke zijn doelen vaag en algemeen formuleert, bijv. "efficiëntie", "fraudepreventie" of "analyse", zonder dat voldoende te specificeren of concretiseren. Door de vaagheid van de doelen ontstaat er ook vaagheid over welke methoden (instrumenten, middelen) geschikt zouden zijn om die doelen te bereiken.

Bovendien vallen de echte doelen van de verwerkingsverantwoordelijke dan vaak alleen te achterhalen door te kijken naar de instrumenten die de verantwoordelijke in de praktijk inzet - ervan uitgaande dat de verantwoordelijke zelf wel duidelijke doelen heeft, ook al heeft hij die ten overstaan van buitenstaanders (de betrokken burgers, de toezichthouder) vaag geformuleerd.

Helaas hoeft het uitgangspunt dat de verantwoordelijke althans voor zichzelf zijn doelen helder en specifiek heeft geformuleerd, niet in overeenstemming te zijn met de realiteit. Als het gaat om data, inclusief OV-data, is er op dit moment in Nederland en veel andere landen een soort jacht gaande, waarbij allerlei partijen (overheidsinstanties, private partijen en van alles daartussenin) zoveel mogelijk data in handen proberen te krijgen omdat ze het gevoel en het vermoeden hebben dat ze daarmee sterker komen te staan en er mogelijk profijt mee kunnen behalen.³³

Voor de beoordeling van het handelen van verwerkingsverantwoordelijken in de praktijk, levert dit het probleem op dat het door een gebrek aan duidelijkheid over de verwerkingsdoelen, ook niet duidelijk is wat wel en niet zou behoren tot het te beoordelen middelenpakket als het doel gerechtvaardigd was.

Een goede toezichthouder zou dat probleem oplossen door te concluderen dat, zolang de verwerkingsverantwoordelijk zijn doelen niet duidelijk (d.w.z. objectiveerbaar, specifiek en concreet) heeft omschreven, geen enkele noodzaak voor verwerking van persoonsgegevens voor zo'n vaag doel is aangetoond.

Helaas is de AP in de realiteit geen goede toezichthouder, maar een toezichthouder die verwerkingsverantwoordelijken zoals NS uit de wind probeert te houden, ook als ze hun verwerkingsdoelen in vage en algemene termen (blijven) omschrijven en zonder onderbouwing stellen "dat het niet anders kan".

Dat stelt mij als burger die opkomt voor de bescherming van mijn privacy, dan weer voor het analytische probleem hoe ik de rechtvaardigingen moet interpreteren die de verwerkingsverantwoordelijke en de disfunctionerende toezichthouder aanvoeren voor de gegevensverwerking die in de praktijk reeds plaatsvindt. Waar gaat het nog om een betoog dat het (op deze manier) nodig is omwille van het vaag geformuleerde doel (noodzakelijkheidstoets), en waar gaat het al om een betoog dat het nodig is omdat het niet op een andere manier zou kunnen (subsidiariteitstoets)?

In dit hoger beroepschrift heb ik de onderdelen van de uitspraak van de rechtbank zo goed mogelijk, en zoveel mogelijk in overeenstemming met de ordening van de rechtbank zelf, een plaats gegeven in de categorieën "noodzakelijkheid", "subsidiariteit" en "proportionaliteit", in het besef dat deze categorieën elkaar in de redeneringen van de rechtbank geregeld overlappen.

Om deze reden verwijs ik voor wat betreft de beoordeling van de noodzakelijkheid van de gegevensverwerking tevens naar paragraaf 4.7, waarin de subsidiariteitstoets centraal staat.

³³ Zie bijv. mijn impressie d.d. 7 oktober 2019: "OV-data-jacht: op weg met *surveillance corporatism*" (bijlage bij dit hoger beroepschrift; tevens gepubliceerd op: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtvelden/mobiliteit/item/1158-rondetafelgesprek-tweede-kamer-over-toegang-tot-ov-data.html>). Zie ook paragraaf 1.7 van dit hoger beroepschrift, over de "jongensdroom" van alles kunnen weten.

4.6 Contract voor privacy-inbreuk biedt alleen onder voorwaarden een rechtsgrond

In deze paragraaf zal ik nader ingaan op het contract-begrip in relatie tot vrijwillige instemming. Dat is relevant omdat de AP, gevolgd door de rechtbank, deze twee zaken van elkaar wil loskoppelen om ruimte te maken voor willekeur bij de verwerking van persoonsgegevens - in dit geval de persoonlijke reisgegevens van OV-gebruikers.

4.6.1. Noodzakelijkheids criterium in relatie tot contract

Zoals de Hoge Raad in 2011 in een uitspraak duidelijk heeft gemaakt, gaat het noodzakelijkheidsvereiste vooraf aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit, en worden de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit pas relevant als is gebleken dat ten eerste aan het noodzakelijkheidsvereiste is voldaan.

Dit vloeit, zoals de Hoge Raad benadrukte, onder andere voort uit Nederlandse verplichtingen die voortvloeien uit artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), en die nader zijn uitgewerkt in de Wbp (destijds) en de AVG (thans):

3.3. Artikel 8 EVRM laat een inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven toe, 'voor zover deze bij de wet is voorzien'. Wanneer een inbreuk voorligt, dient bij het onderzoek naar de verenigbaarheid met het Verdrag de vraag gesteld te worden of de inbreuk tot bescherming van één of meer van de in het tweede lid van art. 8 EVRM opgesomde rechtsbelangen strekt. Een volgende verdragseis is de noodzakelijkheidsvoorwaarde: ook wanneer in een inmenging wettelijk is voorzien en zij voldoet aan de doeleinden die in art. 8 EVRM zijn opgesomd, dan nog is vereist dat de beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving en niet verder reikt dan strikt noodzakelijk is. Om noodzakelijk te zijn, moet een maatregel in elk geval relevant zijn om het beoogde doel te bereiken. Een tweede criterium is dat van de proportionaliteit. Daarbij is het de essentiële vraag of er een redelijke verhouding bestaat tussen de aantasting van het recht enerzijds en de legitieme doelstelling die nagestreefd wordt anderzijds. Een derde criterium dat bij art. 8 EVRM een rol speelt, is dat van de subsidiariteit. De overheid dient inbreuken op de rechten van burgers zoveel mogelijk te minimaliseren door alternatieve oplossingen te vergelijken en vervolgens te trachten haar doelen te bereiken 'in the least onerous way as regards human rights'.³⁴ [onderstreping van mij.]

Het EVRM biedt dus een zelfstandig noodzakelijkheids criterium, waaraan hoe dan ook voldaan moet worden, en dat niet door middel van een particulier "contract" terzijde kan worden geschoven. Op grond van het principe van de "horizontale werking" is dit criterium ook van toepassing op de rechtsverhouding tussen private verwerkingsverantwoordelijken en betrokkenen (data-subjecten).

De Hoge Raad vervolgde:

3.4. De omstandigheid dat de Wbp in overeenstemming moet worden geacht respectievelijk uitgelegd met art. 8 EVRM, brengt reeds met zich dat steeds - dus ook in

34 ECLI/NL/HR/2011/BQ8097.

geval van art. 8 a tot en met e Wbp - een belangenafweging dient plaats te vinden. De toets van art. 8 EVRM behelst immers steeds de vraag of de inmenging gerechtvaardigd is. Dat de enkele aanwezigheid van een door de betrokkene gegeven 'ondubbelzinnige toestemming' in de zin van art. 8 onder a Wbp niet voldoende is om de inmenging blijvend 'art. 8 EVRM-proof' te laten zijn, blijkt (reeds) uit art. 5 lid 2 Wbp: 'Een toestemming kan door de betrokkene of zijn wettelijk vertegenwoordiger te allen tijde worden ingetrokken'.³⁵

Hieruit volgt dat het loutere feit dat een verwerkingsverantwoordelijke een contract met een betrokkene heeft afgesloten, op zichzelf geen rechtvaardiging vormt van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer in de vorm van een verwerking van persoonsgegevens. Het bestaan van zo'n contract creëert geen belang in de zin van artikel 8 EVRM.

De eventuele toestemming van een betrokkene met een verwerking van zijn persoonsgegevens kan dus niet worden "verlengd" door middel van een contract dat langer duurt dan de feitelijke instemming van een betrokkene, als die betrokkene zijn toestemming op enig moment weer intrekt.

De Hoge Raad vervolgde:

3.5. Artikel 7 Wbp bepaalt - overeenkomstig art. 6 van Richtlijn 95/46/EG - dat persoonsgegevens voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden dienen te worden verzameld. 'Gerechtvaardigde doeleinden' betekent dat de doeleinden moeten kunnen worden bereikt met inachtneming van het - mede op art. 7 van Richtlijn 95/46/EG gebaseerde - art. 8 Wbp. Daarin zijn op limitatieve wijze de gronden opgesomd op basis waarvan de gegevensverwerking rechtens toelaatbaar is.³⁶

De zes onderdelen van artikel 8 Wbp (destijds) en artikel 6 lid 1 AVG (thans) moeten dus opgevat worden als voorwaarden waaraan moet worden voldaan, voordat er van een gerechtvaardigd doel sprake kan zijn, en niet als zelfstandige, materiële rechtvaardigingen die los zouden staan van het vereiste van gerechtvaardigheid.

De Hoge Raad vervolgde:

3.6. In de meeste onderdelen van art. 8 Wbp wordt als eis gesteld dat de verwerking noodzakelijk moet zijn met het oog op het omschreven doel van de verwerking. Deze formulering impliceert een proportionaliteitstoets. De met de gegevensverwerking gepaard gaande inbreuk op de belangen of rechten van de betrokkene mag niet alleen niet (geheel) overbodig, maar ook niet onevenredig zijn in verhouding tot het met de verwerking nagestreefde doel. Hierbij moeten de omstandigheden van het concrete geval in acht worden genomen.³⁷

De Hoge Raad geeft hier aan dat er eerst (in logische en daarom ook in chronologische zin) een toets moet plaatsvinden of een beoogde of reeds in gang gezette gegevensverwerking überhaupt noodzakelijk is: "niet (geheel) overbodig". Als eenmaal is gebleken dat dat het geval is, moet er in

35 Ibid.

36 Ibid. Onderstreping van mij.

37 Ibid. Onderstreping van mij.

aanvulling daarop een toetsing van de proportionaliteit en de subsidiariteit plaatsvinden, destijds conform artikel 11 Wbp, tegenwoordig conform artikel 5 lid 1 aanhef en onder c) AVG:

Persoonsgegevens moeten toereikend zijn, ter zake dienend en beperkt tot wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt („minimale gegevensverwerking”);

Er is dus sprake van drie toetsen: noodzakelijkheid (“is de beoogde of reeds in gang gezette gegevensverwerking überhaupt nodig?”), proportionaliteit (“is de gegevensverwerking niet bovenmatig in verhouding tot het (mede) daarmee nagestreefde doel?”) en subsidiariteit (“kan hetzelfde doel ook met een minder grote inbreuk op de privacy worden bereikt?”). De noodzakelijkheidstoets mag niet stilletjes gereduceerd worden tot een proportionaliteitstoets die gebaseerd is op niet meer dan een subjectieve aanname dat de verwerking noodzakelijk zou zijn.

4.6.2 Wat is een contract - in de zin van artikel 6 lid 1 onder b) AVG (art. 8 onder b Wbp)?

De AP en de rechtbank baseren hun opvatting dat de verwerking van mijn persoonsgegevens toelaatbaar is, op het idee dat NS met mij een contract afsluit wanneer ik een vervoerbewijs koop. Om te kunnen bepalen of er sprake is van een contract tussen NS en mij, en zo ja wat dit dan behelst en welke rechtsgevolgen daaruit voortvloeien, is het nodig eerst te weten wat een contract eigenlijk is.³⁸ Ik zal daarbij om te beginnen uitgaan van een eenvoudige werkdefinitie:

"Een contract is een in vrijheid aangegane wilsovereenkomst tussen twee partijen die op enige wijze door beide partijen is vastgelegd (bijvoorbeeld op papier)."

De zaak wordt echter ingewikkelder zodra er wordt onderkend dat deze definitie ten minste twee vragen oproept over de hoedanigheid en de rechtsgevolgen van een contract dat gaat over de verwerking van persoonsgegevens:

1. De vraag of er sprake is van een formeel of materieel rechtsbegrip (telt alleen wat er letterlijk op papier wordt vastgelegd, of telt vooral de achterliggende, materiële wilsbeschikking van degenen die het contract aangaan?);
2. De mate van vrijwilligheid waarmee het contract door de minst machtige partij (de betrokkene) is aangegaan met de verwerkingsverantwoordelijke.

Het spectrum aan mogelijkheden kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende schema, dat voorbeelden bevat van mogelijke posities op het spectrum:

³⁸ Deze paragraaf is grotendeels overgenomen uit mijn beroepschrift d.d. 24 mei 2019 in een andere casus: de weigering van vervoerbedrijf Connexxion van contante, privacy-vriendelijke betaling in de bus. Ook daar beroepen het vervoerbedrijf en de AP zich op artikel 6 lid onder b) AVG (noodzaak voor de uitvoering van een contract) als wettelijke grondslag voor de privacy-schendende maatregel. Zaaknr. Rechtbank Gelderland: ARN 19/2901. Dit beroepschrift is reeds in het bezit van procespartij NS in de huidige casus. Ter zitting op 20 augustus 2019 besloot de rechtbank het buiten beschouwing te laten omdat het 21 minuten te laat was ingediend (op maandagochtend 8:21 uur, terwijl de deadline van de rechtbank vrijdagmiddag om 17:00 uur was). Overigens had ik in mijn aanvulling d.d. 5 juli 2019 op mijn thans voorliggende beroep al naar het beroepschrift inzake Connexxion verwezen.

Dimensie: formeel – materieel Dimensie: mate van vrijwilligheid instemming zwakste partij (betrokkene)	Formeel rechtsbegrip	Materieel rechtsbegrip - in EVRM (internat. verdrag) - in AVG (Unierecht van de EU)
Geheel vrijwillig	Handtekening gezet - contract geldt, incl. gegevensverwerking	Oprechte wilsuiting (“Ik wil”) - contract geldt, incl. gegevensverwerking
Mogelijke impliciete instemming	Algemene voorwaarden gelezen, betaling gedaan en/of dienst geaccepteerd - contract geldt, incl. gegevensverwerking	Mogelijk wilsuiting, bijv: alg. voorwaarden gelezen, betaling gedaan of dienst geaccepteerd - ?? onzeker of er vrijwillige instemming is met gegevens- verwerking. Zo niet, dan is objectieve noodzaak vereist.
Stilzwijgen	Niet geprotesteerd, wel dienst geaccepteerd. Niet duidelijk of bekend met algemene voorwaarden en zo ja: ook daadwerkelijk gelezen? - contract geldt, incl. gegevensverwerking	Aarzeling, berusting? - ?? onzeker of er vrijwillige instemming is met gegevensverwerking; explicitering of objectieve noodzaak vereist voor gegevensverwerking
Mogelijke impliciete weigering	Wel onvrede getoond of geprotesteerd, maar toch dienst geaccepteerd, waarbij alg. voorwaarden gelden. - contract geldt, incl. gegevensverwerking	Wel onvrede getoond of geprotesteerd, maar toch dienst geaccepteerd - XX geen vrijwillige instemming met gegevens- verwerking; objectieve noodzaak is vereist
Expliciete weigering	Geweigerd handtekening te zetten en dienst te aanvaarden - XX geen contract XX	Geweigerd dienst te aanvaarden. - XX geen contract XX

Toelichting (1): de onvermijdelijkheid van een materieel rechtsbegrip

Het Unierecht, inclusief de AVG, hanteert een materieel rechtsbegrip. Dit betekent dat de vraag of een betrokkene instemt met gegevensverwerking, bij twijfel uiteindelijk getoetst moet worden aan de hand van diens materiële wilsuiting in een situatie waarin er geen sprake is van op de betrokkene uitgeoefende druk. Een onder druk gezette handtekening is uiteindelijk niet maatgevend om te bepalen of er sprake is van echt vrijwillige instemming zoals bedoeld in de AVG.

Het is niet toevallig dat de AVG een materieel rechtsbegrip hanteert. Immers, mensenrechten, waaronder het recht op privacy, kunnen alleen adequaat beschermd worden met een beroep op het materiële rechtsbegrip. Ik kan nog zo vaak mijn handtekening zetten om mijn recht op bewegingsvrijheid of vrijheid van vereniging aan een slavenhandelaar te verkopen, of om mijn recht op leven aan een handelaar in organen te verkopen, maar toch blijf ik die mensenrechten behouden: ze zijn materieel en kunnen niet met formele middelen aan mij ontnomen worden, zelfs niet door mijzelf – in ieder geval niet zolang de EU en Nederland als EU-lidstaat deze mensenrechten beschermen en ik mij op een plek bevind waar Nederland en de EU effectief het gezag uitoefenen.

Als het gaat om privacy-bescherming, zou een puur formeel rechtsbegrip bovendien leiden tot strijd met de AVG, bijvoorbeeld artikel 5 lid 1, aanhef en onder b) AVG:

Persoonsgegevens moeten voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verzameld (...). [onderstreping van mij.]

Als een formeel rechtsbegrip het uitgangspunt is, dan zou het voor een gegevensverwerker die macht kan uitoefenen over een betrokkene, ook mogelijk zijn om die betrokkene te dwingen een contract te tekenen waarin wordt vastgelegd dat diens persoonsgegevens voor niet-gerechtvaardigde doeleinden worden verzameld, in strijd met de AVG. Bijvoorbeeld voor het beperken van de toegang van de betrokkene tot de WC tijdens werktijd, ongeacht de toestand van zijn of haar ingewanden, en dus ongeacht zijn of haar gezondheid, door middel van monitoring d.m.v. een chip-implantaat, enkelband of andere “wearable” in combinatie met strafsancities bij een door de werkgever ongewenst bezoek aan de WC. In sommige Amerikaanse bedrijven, en ook in sommige Aziatische fabrieken, is tegenwoordig sprake van dergelijke mensonterende “arbeidsomstandigheden”.

Nu zou men de opvatting kunnen aanhangen (en dat is ook precies wat de AP in deze casus impliciet doet), dat de ondertekening van een contract waarin men formeel instemt met de verzameling van de eigen persoonsgegevens voor niet-gerechtvaardigde doelen, die doelen alsnog legaliseert en daarmee alsnog rechtvaardigt. Dat is echter een problematische en onjuiste opvatting, om ten minste twee redenen:

1. (Formele) legalisering is niet hetzelfde als (materiële) rechtvaardiging. Er zijn genoeg historische en contemporaine voorbeelden van gruwelijke, maar legale praktijken.
2. Zo’n opvatting zou betekenen dat men door middel van het aangaan van een particuliere overeenkomst de wet van het land, en uiteindelijk zelfs het geweldsmonopolie van de staat, terzijde zou kunnen schuiven. Dat zou in strijd zijn met de bedoeling van de wetgever.

Kortom, het in artikel 5 lid 1 onder b) AVG opgenomen vereiste van gerechtvaardigde doeleinden is een voorbeeld van een wettelijke bepaling die een materieel rechtsbegrip vereist.

In dit verband is ook het onderscheid tussen rechtsgeldigheid en rechtmatigheid van belang. Er zijn op dat punt twee opvattingen mogelijk. (1) De eerste opvatting is dat een contract rechtsgeldig kan zijn en tegelijk niet rechtmatig. Bijvoorbeeld een contract waarin ik, onder druk van een monopolist van wiens diensten ik afhankelijk ben, bijvoorbeeld het nutsbedrijf dat mijn drinkwater levert, mezelf verplicht om mijn burgerlijke staat of mijn geboortedatum aan die monopolist af te staan voor het vage doel van ongespecificeerde “veiligheid” in ruil voor een continuering van de levering van drinkwater tegen een bepaalde prijs. Als ik dat contract teken, bijvoorbeeld voor het komende jaar, is het op zichzelf rechtsgeldig. Maar tegelijk is het onrechtmatig omdat het in strijd is met de AVG, die immers een “welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd doel” vereist.

In die opvatting kan de formele “rechtsgeldigheid” van een contract niet dienen als zelfstandig argument waarom de daarmee gecontracteerde gegevensverwerking ook rechtmatig zou zijn.

(2) De tweede opvatting is dat een contract niet (volledig) rechtsgeldig kan zijn als het (op onderdelen) onrechtmatig is. In dat geval is de consequentie van de onrechtmatigheid van een

contract, dat het daarmee ook zijn rechtsgeldigheid verliest. In die opvatting kan een contract waarmee de AVG geschonden wordt, dus niet rechtsgeldig zijn.

Op het eerste gezicht lijkt overweging (44) van de AVG erop te wijzen dat deze tweede opvatting de juiste is. De overweging luidt:

(44) Een verwerking die noodzakelijk is in het kader van een overeenkomst of een voorgenomen overeenkomst, dient rechtmatig te zijn.

Echter, het kan niet de bedoeling van de wetgever (de opsteller van de AVG) zijn om een cirkelredenering op te tuigen. Zo'n cirkelredenering zou ontstaan als hier onder "rechtmatigheid" wordt verstaan: "in overeenstemming met de AVG". Want dan zou uit de aanname dat er een grondslag ex artikel 6 lid 1 onder b) bestaat, vervolgens kunnen worden afgeleid dat deze aanname terecht is, om er op basis van diezelfde aanname sprake is van een overeenkomst in overeenstemming met de AVG, en dus van een "rechtmatige" overeenkomst, uitgaande van de rechtmatigheid in relatie tot overige wet- en regelgeving. Waarschijnlijk heeft de opsteller van de AVG in overweging (44) daarom met "rechtmatigheid" gedoeld op rechtmatigheid in de zin van overeenstemming met andere wetgeving dan de AVG zelf. Indien mijn interpretatie juist is, biedt overweging (44) van de AVG dus geen uitsluitel over de vraag welke van de twee bovengenoemde opvattingen m.b.t. de relatie tussen rechtsgeldigheid en rechtmatigheid de juiste is.

Ik ben niet thuis in de finesses en nuances van Nederlands of Europees contractrecht. Maar dat is voor het doel van dit hoger-beroepschrift ook niet nodig. Het is voldoende om te constateren dat:

- ofwel de "rechtsgeldigheid" van het contract dat ik volgens de AP met NS zou hebben afgesloten, niet bepalend is voor het antwoord op de vraag of het ook rechtmatig is;
- ofwel de "rechtsgeldigheid" van het vermeende contract aan dat contract ontvalt voorzover er kan worden geconstateerd dat het contract onrechtmatig is.

Hieruit volgt dat de formele "rechtsgeldigheid" van het vermeende contract, in de zin van het contractrecht, geen zelfstandige grondslag oplevert voor de verwerking van mijn persoonsgegevens, maar slechts een voorwaarde is waaraan voldaan moet worden, voordat er van een geldige grondslag ex artikel 6 lid 1 onder b) AVG (art. 8 onder b Wbp) sprake kan zijn.

Immers, daarnaast moet er ook aan andere voorwaarden worden voldaan, waaronder die van de "welbepaaldheid", "uitdrukkelijke omschrevenheid" en "gerechtvaardigheid" van de doelen waarvoor de persoonsgegevens worden verzameld, of althans heten te worden verzameld.

Toelichting (2): de grenzen van vrijwilligheid in een liberale rechtsstaat

Nederland is op dit moment in beginsel een liberale rechtsstaat. Dit begrip overlapt met het begrip van een democratische rechtsstaat, maar is niet precies hetzelfde. Een liberale rechtsstaat hoeft niet altijd democratisch te zijn. Sommige vrijheden van burgers, inwoners of onderdanen kunnen door autoritaire heersers worden voorgeschreven of toegelaten.³⁹ Anderzijds hoeft een democratische rechtsstaat ook niet altijd liberaal te zijn. Als bijvoorbeeld een meerderheid van de kiezers aan individuele inwoners niet de vrijheid wil toekennen om homoseksuele relaties aan te

³⁹ In feite staan alle autoritaire heersers enige mate van individuele vrijheid toe, zelfs in "totalitair" geregeerde landen. Ook in een land als het huidige Noord-Korea behouden zelfs arme inwoners enige "discretionaire" beslissingruimte als het gaat om kleine keuzes in het dagelijkse leven, zoals hoe gretig je een slok water neemt, wanneer dat beschikbaar komt; of wanneer je het leven opgeeft, ziek wordt en doodgaat.

gaan, of vrouwen het recht op abortus wil ontzeggen, of de persvrijheid en de academische vrijheid drastisch wil inperken, dan kan een democratisch gekozen regering daar gevolg aan geven waardoor er een formeel nog steeds democratische, maar feitelijk niet liberale rechtsstaat kan ontstaan.⁴⁰

In een liberale rechtsstaat is elke individuele burger in beginsel vrij om overeenkomsten met anderen aan te gaan, binnen de grenzen die de wet stelt. Dat is dus geen totale vrijheid. De wet verbiedt sommige overeenkomsten. In Nederland verbiedt de wet bijvoorbeeld contracten tussen werkgevers en werknemers waarin wordt afgesproken om werknemers in vaste dienst minder te betalen dan het minimumloon, of contracten tussen banken en hun cliënten waarin in ruil voor een lening een te hoge rente ("woekerreente") aan de crediteur wordt toegezegd. Allerlei contractuele constructies zijn in de loop der tijd door middel van regelgeving onrechtmatig verklaard, omdat ze beschouwd werden als schadelijk voor individuen en/of de samenleving.

Er kan ook sprake zijn van "wilsgebrek", wanneer één van de partijen zodanig onder druk is gezet door een andere partij, dat de wilsvorming die ten grondslag ligt aan het contract, gekarakteriseerd moet worden als "gebrekkig".⁴¹ Daarvan is sprake in het geval dat een machtige partij een vrijwel machteloze partij dwingt om een contract aan te gaan waarmee een mensenrecht van die machteloze partij wordt geschaad.

In de aanvulling d.d. 5 juli 2019 op mijn beroep heb ik dat geïllustreerd met een fictief voorbeeld van een grote supermarkt die in de algemene voorwaarden van zijn thuisbezorgservice opneemt dat de klant seks met een manager van de supermarkt moet hebben om "saldo op te bouwen" voor de thuisbezorging, waardoor een gehandicapte klant die slecht ter been is, genooddaakt wordt om in dit "contract" en deze invasie van privacy te berusten - als de toezichhoudende autoriteiten weigeren handhavend op te treden jegens de thuisbezorgende supermarkt.⁴²

In de thans voorliggende casus voert de AP in haar besluit op bezwaar een vermeend contract aan als rechtsgrond (grondslag) voor de toelaatbaarheid van de verwerking van persoonsgegevens, maar verzuimt daarbij om te toetsen of het betreffende, vermeende contract zich nog binnen de grenzen van de contractvrijheid bevindt.

De nominale, formele "vrijwilligheid" waarmee een contract is aangegaan, kan in een liberale rechtsstaat niet de wettelijke grenzen veranderen die er aan de contractvrijheid zijn gesteld.

Daarnaast zal er in een rechtsstaat in geval van onenigheid tussen twee contracterende partijen altijd ook getoetst moeten worden of, en zo ja in hoeverre het betreffende contract werkelijk vrijwillig is afgesloten. Met andere woorden: in hoeverre is er niet alleen sprake van formele, maar ook van materiële vrijwilligheid?

40 Momenteel zien we in sommige Oost-Europese landen tendensen in die richting; over de duurzaamheid of stabiliteit van niet-liberale democratie als regeringsvorm doe ik hier geen uitspraak.

41 **Wilsgebrek** is een begrip uit het privaatrecht dat de situatie aanduidt waarin de wil tot een rechtshandeling gebrekkig is gevormd. Dit gebrekkig gevormd zijn komt erop neer dat de argumenten (in brede zin) die (mede) aan de wilsvorming ten grondslag liggen: onwaar zijn (bedrog en dwaling); onbetamelijk zijn (dwang of vrees); of op zichzelf niet verwerpelijk zijn, maar het misbruik daarvan ten bate van een ander wel (misbruik van omstandigheden, waarbij de bijzondere omstandigheden de argumenten vormen). Bron: <https://nl.wikipedia.org/wiki/Wilsgebrek> Geraadpleegd: 24 oktober 2019.

42 Aanvulling beroep d.d. 5 juli 2019, paragraaf 2.2.2, pag. 32-33.

Als iemand mij met een pistool op mijn borst dwingt om mijn huis, mijn auto of mijn persoonlijke foto-album te “verkopen” (dit zijn fictieve voorbeelden), dan kan de uiteindelijke koop-overeenkomst formeel nog zo goed in orde zijn, met keurige handtekeningen en zo, maar is in een rechtsstaat toch niet geldig, omdat er geen sprake is van vrijwilligheid.⁴³ Er is mij een verhaal bekend (niet fictief) van een vrouw die in een land in het Midden-Oosten naïef trouwde met een man, die haar vervolgens opsloot en haar familie probeerde te dwingen om bepaalde eigendommen “vrijwillig” aan hem af te staan in ruil voor zijn instemming met een scheiding – een actie die, nadat de familie weigerde, vooral aan rechters in dat land geld opleverde, afkomstig van beide litigerende partijen.⁴⁴ Volgens de juridische logica die de AP hanteert met betrekking tot de grondslag die een contract zou bieden, zou er echter niets mis zijn geweest met een overeenkomst waarin de familie van de opgesloten en gemaltraiteerde vrouw zogenaamd “vrijwillig” een transactie met haar echtgenoot aan was gegaan om haar uit zijn handen te kunnen bevrijden. De AP bevindt zich dus op dit punt, door eigen toedoen, in zeer fout en immoreel gezelschap.

Gezien het grote risico van afgedwongen gegevensverwerking, is het terecht dat de AVG een gekwalificeerd, materieel vrijwilligheidsbegrip hanteert. Dit komt bijvoorbeeld tot uiting in het vereiste dat er alleen geacht wordt sprake te zijn van toestemming van een betrokkene voor gegevensverwerking als er sprake is van een “ondubbelzinnige wilsuiting”.⁴⁵

Toelichting (3): voorwaarden voor een grondslag ex artikel 6 lid 1 onder b) AVG

Op grond van het voorafgaande, kan worden geconcludeerd dat niet elk formeel, nominaal contract een grondslag biedt zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 onder b) AVG (art. 8 onder b) Wbp). Alvorens zo’n grondslag te kunnen opleveren, moet een contract voldoen aan een aantal extra voorwaarden, waaronder de volgende:

- (1) De doelen die met het contract worden beoogd, moeten voldoen aan de criteria in artikel 5 lid 1 onder b) AVG: “welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd”;
- (2) Het contract moet zijn aangegaan op basis van een getoetste en toetsbare, materiële vrijwilligheid, in overeenstemming met artikel 4 lid 11) AVG.

In de hierna volgende paragrafen zal ik dit uitwerken voor wat betreft het contract dat door de AP in de huidige casus wordt opgevoerd als wettelijke grondslag voor de gegevensverwerking.

4.6.3 Wat is toestemming?

In artikel 4 lid 11) AVG wordt het begrip “toestemming” gedefinieerd:

„toestemming” van de betrokkene: elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt;

Zoals ik in paragraaf 4.6.1 reeds heb aangevoerd, kan zo’n wilsuiting wel in een contract worden geregistreerd, maar niet worden vastgelegd op een manier die latere wilsuitingen ondergeschikt

⁴³ Zie ook jurisprudentie over de teruggave van lang geleden in oorlogstijd onder dwang “verkochte” kunst.

⁴⁴ Het uiteindelijke lot van het mishandelde slachtoffer was vermoedelijk zeer droef.

⁴⁵ Artikel 4 lid 11) AVG en overwegingen (32), (42) en (43) van de AVG.

maakt. De meest recente wilsuïting geldt. Dat betekent in de praktijk: de meest recente, kenbare wilsuïting. Dat kan ook een mondelinge wilsuïting zijn, bijvoorbeeld één die in een rechtszaal wordt uitgesproken.

In overweging (32) van de AVG wordt dit verduidelijkt:

(32) Toestemming dient te worden gegeven door middel van een duidelijke actieve handeling, bijvoorbeeld een schriftelijke verklaring, ook met elektronische middelen, of een mondelinge verklaring, waaruit blijkt dat de betrokkene vrijelijk, specifiek, geïnformeerd en ondubbelzinnig met de verwerking van zijn persoonsgegevens instemt. Hiertoe zou kunnen behoren het klikken op een vakje bij een bezoek aan een internetwebsite, het selecteren van technische instellingen voor diensten van de informatiemaatschappij of een andere verklaring of een andere handeling waaruit in dit verband duidelijk blijkt dat de betrokkene instemt met de voorgestelde verwerking van zijn persoonsgegevens. Stilzwijgen, het gebruik van reeds aangekruiste vakjes of inactiviteit mag derhalve niet als toestemming gelden. De toestemming moet gelden voor alle verwerkingsactiviteiten die hetzelfde doel of dezelfde doeleinden dienen. Indien de verwerking meerdere doeleinden heeft, moet toestemming voor elk daarvan worden verleend. Indien de betrokkene zijn toestemming moet geven na een verzoek via elektronische middelen, dient dat verzoek duidelijk en beknopt te zijn en niet onnodig storend voor het gebruik van de dienst in kwestie. [onderstreping van mij.]

Hieruit volgt dat stilzwijgen over algemene voorwaarden die eenzijdig zijn opgesteld door een vervoerbedrijf met een op een overheidsconcessie gebaseerd monopolie op de betreffende reisroutes, niet als toestemming kan gelden. Zulke algemene voorwaarden zijn vergelijkbaar met de in overweging (32) van de AVG genoemde “reeds aangekruiste vakjes”.

In overweging (43) van de AVG wordt verduidelijkt wat er bedoeld wordt met het vereiste dat er sprake is van vrijwillige instemming of toestemming:

(43) Om ervoor te zorgen dat toestemming vrijelijk wordt verleend, mag toestemming geen geldige rechtsgrond zijn voor de verwerking van persoonsgegevens in een specifiek geval wanneer er sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke, met name wanneer de verwerkingsverantwoordelijke een overheidsinstantie is, en dit het onwaarschijnlijk maakt dat de toestemming in alle omstandigheden van die specifieke situatie vrijelijk is verleend. De toestemming wordt geacht niet vrijelijk te zijn verleend indien geen afzonderlijke toestemming kan worden gegeven voor verschillende persoonsgegevensverwerkingen ondanks het feit dat dit in het individuele geval passend is, of indien de uitvoering van een overeenkomst, daaronder begrepen het verlenen van een dienst, afhankelijk is van de toestemming ondanks het feit dat dergelijke toestemming niet noodzakelijk is voor die uitvoering. [onderstrepingen van mij.]

Bij de in overweging (43) genoemde “wanverhouding” gaat het om een sterk asymmetrische machtsverhouding ten nadele van de betrokkene – zo blijkt ook uit de toevoeging: “met name wanneer de verwerkingsverantwoordelijke een overheidsinstantie is, en dit het onwaarschijnlijk maakt dat de toestemming in alle omstandigheden van die specifieke situatie vrijelijk is verleend.”

In het geval van een vervoerbedrijf zoals NS is er sprake van zo'n ongelijke machtsverhouding, aangezien ik afhankelijk ben van het door NS geleverde openbaar vervoer, waarvoor ik geen alternatief heb. Zelfs als ik willens en wetens een handtekening onder een contract zou zetten, dan nog zou er geen sprake zijn van vrijwillige instemming. Laat staan als ik niet actief protesteer tegen de kleine lettertjes van algemene voorwaarden die eenzijdig door NS zijn opgesteld. En al helemaal niet als ik wel actief protesteer zodra mij bekend wordt dat NS mij met die algemene voorwaarden probeert te dwingen om mijn persoonsgegevens te laten verwerken – zoals ik heb gedaan, in juni 2014.

Ik werd door NS ook niet in staat gesteld om "afzonderlijke toestemming te geven voor verschillende persoonsgegevensverwerkingen". Voor mij als OV-gebruiker en klant van NS is het een kwestie van slikken of stikken: ofwel ik accepteer alle algemene voorwaarden van NS, ofwel NS ontzegt mij de volledige toegang tot de trein.

Voorts is mijn (afgedwongen, vermeende) "toestemming" voor verwerking van mijn persoonlijke reisgegevens niet noodzakelijk voor de uitvoering van de door NS geleverde dienst. Al meer dan een eeuw lang zijn OV-bedrijven prima in staat om reizigers te vervoeren zonder dat hun reisbewegingen worden gevolgd. Het wel of niet voorhanden zijn van toestemming van reizigers met gegevensverwerking, is ook niet bepalend voor het vermogen van de vervoerder om zijn dienst te leveren.

Er kan derhalve worden geconcludeerd dat ik geen toestemming, laat staan ondubbelzinnige toestemming, heb gegeven voor de verwerking van mijn persoonlijke reisgegevens door NS.

4.6.4 Wat als een contract niet meer is dan vermomde overmacht?

(1) In paragraaf 4.6.2 heb ik aangevoerd en onderbouwd dat een contract (een overeenkomst) alleen kan worden beschouwd als een contract in de zin van artikel 6 lid 1 onder b) AVG, als het door alle deelnemende partijen, inclusief de persoon wiens gegevens op basis daarvan zouden worden verwerkt (de "betrokkene"), echt vrijwillig wordt aangegaan.

Ik heb daarbij twee vragen aan de orde gesteld: (1) Valt het door NS aan mij opgelegde contract binnen de wettelijke grenzen van de contractvrijheid? (2) Kan ik geacht worden dit contract vrijwillig te hebben afgesloten, met ondubbelzinnige instemming van mijn kant?

Beide vragen moeten negatief worden beantwoord. In een rechtsstaat wordt de contractvrijheid begrensd door de wet. Een contract dat strijd oplevert met de wet, omdat het verwerking van persoonsgegevens afdwingt zonder noodzaak voor een gerechtvaardigd doel (art. 5 AVG), kan weliswaar (deels) rechtsgeldig zijn, maar is in ieder geval, gezien in zijn totaliteit, onrechtmatig. En, zoals ik in paragraaf 4.6.3 heb onderbouwd, moet uit artikel 4 lid 11) AVG en de overwegingen daarbij geconcludeerd worden dat ik het contract met NS niet vrijwillig ben aangegaan zoals bedoeld in de AVG.

Verhuld en mogelijk onbewust machtsdenken

(2) Hoe kan het dan dat de AP toch een grondslag in dit zogenaamde "contract" meent te ontwaren? Eén mogelijke verklaring is dat de AP een platte, formalistische rechtsopvatting hanteert, waarin alleen wordt gekeken naar de letterlijke betekenis van afzonderlijke termen, zonder ze in hun samenhang te zien. "*Brexit is Brexit - een contract is een contract.*"

(3) Een andere mogelijke verklaring (die de eerste overigens niet uitsluit) is dat de AP, achter een façade van rechtsstatelijke argumenten, in feite niet redeneert vanuit het recht, maar vanuit de macht. Het hoeft niet zo te zijn dat de AP, of haar medewerkers, dat bewust doen. Als ambtenaar heb ik zelf meegemaakt hoe collega's bepaalde attitudes en aannames over wat de juiste handelwijze is, kunnen internaliseren, om minder of geen conflict te ervaren met de opvattingen die worden geuit door hun leidinggevenden. Ik heb ook waargenomen dat mensen zich er niet meer bewust van leken te zijn dat zij op dat punt keuzevrijheid hadden en een ethische afweging konden maken. Het leek dan eerder of ze, om cognitieve dissonantie te kunnen vermijden, juist helemaal niet meer over ethische aspecten wilden nadenken, maar de gewenste attitudes en denkwijzen overnamen alsof het vanzelfsprekendheden waren die geen enkele reflectie vereisten. In politiek, bestuur en ambtenarij loont het vaak om over bepaalde aannames niet na te denken, maar mee te gaan met "de stroom" die vanaf de top van de organisatie naar beneden vloeit, inclusief als sociaal wenselijk ervaren vormen van bewustzijn en onbewustzijn.

Machtsaspecten ten aanzien van gegevensverwerking

(4) In *The Age of Surveillance Capitalism* beschrijft Zuboff organisaties (overheden en bedrijven) die zich gedragen als koloniale veroveraars die zich meester maken van de leefwereld van mensen. Zij zetten geleefde ervaringen om in data, die ze uit die leefwereld extraheren, en die ze zich vervolgens toeëigenen zonder toestemming van de betrokkenen. Zuboff noemt dat de "onteigeningscyclus" (*dispossession cycle*), waarin ze vier fasen (of stappen) onderscheidt: invasie (*incursion*), gewenning (*habituation*), aanpassing (*adaptation*), voortzetting met andere middelen (*redirection*).

In mijn aanvulling d.d. 5 juli 2019 van mijn beroepschrift heb ik mijn brief van 16 maart 2019 geciteerd, waarin ik deze analyse van vier stappen had toegepast op de invoering van het OV-chipkaart-systeem en de rol van Trans Link Systems B.V. (TLS) daarbij.⁴⁶

In beginsel valt elke inbreuk op privacy door middel van een dergelijke overmacht te realiseren en af te dwingen. Ter illustratie daarvan heb ik in mijn aanvulling van 5 juli 2019 vervolgens ook het door mij in mijn brief van 16 maart 2019 geconstrueerde, fictieve voorbeeld geciteerd waarbij zelfs het privé-gedrag van mensen met betrekking tot tandenpoetsen kan worden gekoloniseerd (in het fictieve voorbeeld door een oligopolie van lokale tandartsen die een gezamenlijk bedrijf opzetten, Dento Link Systems B.V. (DLS), en die hun klanten verplichten om van dat data-bedrijf zogeheten "scannerborstels" af te nemen (met chips en sensoren erin).

(5) Dit fictieve voorbeeld laat zien hoe machthebbers, of dat nu een conglomeraat van overheidsinstanties en vervoerbedrijven is, een multinationalaal technologisch bedrijf of een (fictief) lokaal oligopolie van tandartsen, een structurele inbreuk op de privacy kunnen realiseren door middel van een herdefinitie van:

⁴⁶ Aanvulling beroep 5 juli 2019, par. 1.1.4, pag. 15-17.

- (1) de leefwereld van mensen, die nu gedefinieerd wordt als "data" die "moeten" worden verwerkt in een technisch systeem dat eigendom is van die machthebbers of aspirant machthebbers ("dataficatie");
- (2) de juridische verhoudingen: claims op eigendom en verwerkingsrechten ten aanzien van "data", inclusief zogeheten "restdata" (soms ook "bijvangst" genoemd) die verwerkingsverantwoordelijke machthebbers zonder toestemming, en aanvankelijk meestal ook in het geheim,⁴⁷ uit de leefwereld van mensen extraheren en vervolgens gebruiken of verhandelen;
- (3) de organisatorische verhoudingen: wisseling van rol wie opdrachtgever en wie opdrachtnemer is - met andere woorden: waar het centrum van de macht ligt. TLS wil bijvoorbeeld zijn moederbedrijf NS als "distributeur" van OV-chipkaart-producten opvatten, zo bleek uit de brief van TLS aan de AP op 14 maart 2019. Klanten worden geherdefinieerd tot "data-subjecten", bedrijven die diensten verlenen aan burgers veranderen in leveranciers van data in opdracht van data-bedrijven. De tot "data-subject" gereduceerde klanten worden opeens ook, zonder hun vrijwillige instemming, geherdefinieerd tot "contractpartners" van die data-bedrijven, wat in feite wil zeggen: onderdanen van die data-bedrijven, want zij hebben niets te zeggen over de algemene voorwaarden die zo'n data-bedrijf opstelt.

In een democratische rechtsstaat zijn de definities in democratisch tot stand gekomen wetten maatgevend, niet de definities van onaanspreekbare machthebbers in het bedrijfsleven of in ambtelijke burelen. In mijn aanvulling van 5 juli 2019 vroeg ik de rechtbank om aan de AP duidelijk te maken dat de AP moet ophouden met het bedienen van onaanspreekbare machthebbers, en in plaats daarvan weer moet gaan opereren ten dienste van de democratische rechtsstaat.

(6) Maar in plaats van dat te doen, sloot de rechtbank zich aan bij de constellatie van instanties en bedrijven die zo'n OV-data-roof pleegt, faciliteert en goedkeurt.

Nu vraag ik uw Afdeling om de uitspraak van de rechtbank op dit punt te corrigeren, waarmee u de rechtbank tevens terughaaft uit de executieve en hem weer een plaats toewijst in de rechterlijke macht.

⁴⁷ Deze "restdata" gaan dan deel uitmaken van wat S. Zuboff de "schaduwtekst" noemt. Het heimelijk en voor heimelijke doelen dataficieren van elementen van de leefwereld van mensen maakt deel uit van de "*shadow game*", waarmee een "schaduwtekst" wordt gecreëerd: een verzameling data die door data-machthebbers intern wordt bewaard en die onttrokken blijft aan het oog van het publiek. Dit in tegenstelling tot de "publiekgerichte tekst": de verzameling data waarvan het publiek mag weten dat de data-organisatie die heeft, en waarover de data-organisatie aan het publiek vertelt hoe nuttig en zinvol het is om deze data aan de data-organisatie beschikbaar te stellen.

Zuboff: "Much of the public-facing text is composed of what we inscribe on its pages: our posts, blogs, videos, photos, conversations, music, stories, observations, "likes", tweets, and all the great massing hubbub of our lives captured and communicated. Under the regime of surveillance capitalism, however, the first text does not stand alone; it trails a shadow close behind. The first text, full of promise, actually functions as the supply operation for the second text: the *shadow text*. Everything that we contribute to the first text, no matter how trivial or fleeting, becomes a target for surplus extraction. (...) In this text our experience is dragooned as raw material to be accumulated and analyzed as means to others' market ends. The shadow text is a burgeoning accumulation of behavioral surplus and its analyses, and it says more about us than we can know about ourselves. Worse still, it becomes increasingly difficult, and perhaps impossible, to refrain from contributing to the shadow text. It automatically feeds on our experience as we engage in the normal and necessary routines of social participation." Bron: *The Age of Surveillance Capitalism*, p. 186.

4.7 Subsidiariteit - is niet hetzelfde als "het alleen zó willen"

4.7.1 Subsidiariteit en het voordeelurenabonnement

(1) Ten aanzien van subsidiariteit in relatie tot het voordeelurenabonnement schrijft de rechtbank in zijn uitspraak van 5 september 2019 het volgende:

8.3 Verder heeft verweerder zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het doel waarvoor de reisgegevens worden verwerkt in redelijkheid niet op een andere, voor de bij de verwerking van persoonsgegevens betrokken persoon minder nadelige wijze kan worden verwezenlijkt. De door eiser voorgestelde alternatieven waarbij gebruik wordt gemaakt van een zichtkaart betekenen dat een deel van de controle die nu op het station plaatsvindt in de trein moet worden gedaan.

(2) Deze tekst is, bij goede lezing, absurd. De rechtbank stelt hier om te beginnen dat de werkwijze die NS tot 9 juli 2014 volgde, nu in redelijkheid niet meer van haar gevergd kan worden, zonder duidelijk te maken waarom dat niet meer zou kunnen. Wat is er dan veranderd in de omstandigheden ten opzichte van 2014? Alleen dat NS nu niet meer toestaat dat voordeelurenabbonementhouders met een zichtkaart reizen, en dat NS extra "controles" heeft ingevoerd door op de stations poortjes te plaatsen waar voordeelurenabbonementhouders moeten in- en uitchecken, net als andere reizigers. Maar dat zijn een beslissingen van NS zelf geweest, waar ik in deze rechtszaak juist tegen opkom. De rechtbank zegt hier dus eigenlijk dat, omdat NS die beslissingen heeft genomen, het niet van NS gevergd kan worden om daar nog van af te zien. Hiermee zegt de rechtbank dus eigenlijk dat de wil van NS wet is, ook als die tot een inbreuk op de privacy leidt waarvoor geen noodzaak bestaat die extern is aan de wil van NS zelf.

(3) Daar komt nog bij dat het niet waar is dat reizigers met een zichtkaart niet gecontroleerd zouden worden op het station. Immers, zij moeten op het station dan nog steeds inchecken, ofwel met een anonieme (d.w.z. zoals nu met een quasi-"anonieme" of mogelijk in de toekomst met een echt anonieme) OV-chipkaart, ofwel met een eenmalige kaart met chip.

(4) Het enige wat dan niet op het station, maar in de trein gecontroleerd zou worden, is de zichtkaart zelf. Die wordt dan getoond in combinatie met het vervoerbewijs met chip. NS heeft zelf herhaaldelijk aangegeven het treinpersoneel niet te willen verminderen. Dus die controle van de zichtkaart kan in de trein nog precies even goed plaatsvinden als voorafgaand aan 9 juli 2014. Het enige verschil is dat NS dat niet meer wil. Maar de wens van een verwerkingsverantwoordelijke is niet opgenomen als wettelijke grondslag in artikel 8 Wbp of artikel 6 lid 1 AVG.

(5) De rechtbank vervolgt:

8.3 (...) De conducteur kan tijdens de treinreis echter nog niet vaststellen of de voorwaarden van het voordeelurenabonnement zullen worden nageleefd. Aannemelijk is dat de controle in de trein daarmee minder effectief is en ook minder efficiënt, omdat er twee kaarten moeten worden uitgelezen.

Hier praat de rechtbank de AP na, en negeert dat ik heb aangevoerd dat een zichtkaart niet hoeft te worden "uitgelezen" (gescand), maar alleen hoeft te worden bekeken door de conducteur. Dat is tientallen jaren lang voldoende effectief geweest. Ook negeert de rechtbank hier dat "meer efficiëntie", zelfs als die op deze manier bereikt zou kunnen worden (quod non), niet de aantasting van een grondrecht rechtvaardigt - althans niet in een rechtsstaat.

Risico van misverstanden, onenigheid of agressief gedrag

(6) De rechtbank vervolgt:

8.3 (...) Ook is aannemelijk dat de controle in de trein aanleiding kan zijn voor misverstanden, onenigheid en soms agressief gedrag tegen conducteurs en reizigers.

De rechtbank negeert hier dat NS en de AP een klein risico dat al bestaat zolang er treinen en controles bestaan, nu opeens opvoeren alsof het een probleem zou zijn, en zelfs een probleem dat een invasie van de privé-sfeer van alle reizigers zou rechtvaardigen. Maar overal waar controle plaatsvindt, kan dat in een zeer kleine minderheid van gevallen aanleiding geven voor misverstanden of onenigheid. Dat is inherent aan controle. NS en de AP onderbouwen niet dat dit een probleem zou zijn dat is toegenomen, en zo ja, op welke trajecten, op welke tijden, etc. Het is niet meer dan een algemene, abstracte bewering.

Maar in plaats van te verlangen dat de AP, als verweerder, deze algemene bewering specifiek en concreet onderbouwt, praat de rechtbank de AP en NS klakkeloos na. Dat is geen rechtspraak, maar volgzzaam gedrag. Hieruit kan geen noodzaak worden afgeleid, en al helemaal geen proportionaliteit.

(7) Nu wil het geval dat ik in een andere casus eind 2018 op de hoogte raakte van het bestaan van het zogeheten "Actieprogramma 'Sociale veiligheid in het openbaar vervoer'", en daar kennis van heb genomen.⁴⁸ In dit actieprogramma, vastgesteld in oktober 2016 (maar door NS niet genoemd), worden ook de resultaten samengevat van onderzoek naar agressief gedrag in het OV. Die uitkomsten geven geen aanleiding voor het schenden van de privacy van alle treinreizigers.

Al sinds 2005 is er een dalende lijn in het aantal zogeheten "A-incidenten" in de trein. Dat zijn er nu nog zo'n twee- à driehonderd per jaar in heel Nederland (dat is dus een miniem percentage van het aantal treindiensten). Het onderzoek identificeert ook de zogenaamde hotspots voor incidenten, dit zijn met name de Randstad en een enkel traject in Limburg en een station in Brabant. Voorts worden ook de aanleidingen voor de incidenten benoemd, zoals het ontbreken van een geldig vervoersbewijs, het aanspreken op overlastgevend gedrag of het overtreden van de huisregels.

De gemiddelde veiligheidsbeleving van reizigers en personeel laat al jarenlang een stabiele tot licht stijgende lijn zien.

Er zijn aanwijzingen dat er sprake is van uiteenlopende belevingen bij het OV-personeel: een grote groep waardeert de veiligheid hoog, een andere grote groep waardeert de veiligheid als redelijk goed, en een kleine minderheid waardeert de veiligheid als onvoldoende. Mogelijk hangt dit

⁴⁸ Casus weigering contante betaling in de bus door Connexxion, thans in de beroepsfase (ARN 18/2901; geplande zitting bij de rechtbank op 16 december 2019).

samen met de verschillen tussen de situaties op verschillende locaties. In dat geval is er maatwerk vereist voor specifieke locaties. Dat vormt dus geen rechtvaardiging voor een generieke maatregel voor het gehele OV of het gehele Nederlandse treinvervoer.

Grofweg 90% van de daders blijkt meerderjarig te zijn, gemiddeld 28 tot 29 jaar oud en vaak blijken er problemen te spelen in diverse levensgebieden, zoals werk, financiën, opleiding, contacten met politie en justitie en problematisch middelengebruik. Bijna de helft van de daders blijkt psychische problemen te hebben, een verstandelijke beperking, problemen in de agressie-regulatie of een stoornis in het autismespectrum. Een kwart van deze groep wordt betiteld als personen met verward gedrag.

De dadergroep laat zich onderverdelen in drie daderprofielen:

- *De notoire probleemveroorzakers*: Deze geweldplegers kunnen bogen op een groot aantal antecedenten, waaronder eerder geweld tegen functionarissen met een publieke taak, een vroege start met criminele activiteiten vóór hun achttiende jaar en veel problemen op het gebied van opleiding, psychisch welbevinden en middelengebruik. Het geweld tegen NS-personeel kan zowel fysiek als verbaal zijn, is solistisch van aard en heeft vaak te maken met zwartrijden.
- *De jonge geweldplegers*: Zij veroorzaken in groepsverband overwegend fysiek gewelddadige incidenten. In de meeste gevallen loopt het slachtoffer hierbij letsel op. Van problemen op de diverse leefgebieden zoals psychisch welbevinden en middelengebruik is bij deze categorie amper sprake.
- *De onverwachte geweldplegers*: In deze categorie vallen de geweldplegers die nauwelijks antecedenten hebben en geen problemen op de eerder genoemde leefgebieden. Zij maken zich vooral schuldig aan verbaal geweld tegen NS-personeel.

Bij slechts één van deze drie groepen daders heeft het (fysieke of verbale) geweld vaak te maken met zwartrijden. Hoe groot deze ene groep is, wordt niet vermeld. Maar als er sprake is van slechts twee- à driehonderd A-incidenten per jaar, dan kan het hooguit om enkele honderden mensen gaan. Dat is geen goede reden om de privacy van vijf miljoen treinreizigers aan te tasten.

Bovendien gaat het bij deze groep om "notoire probleemveroorzakers". Die zijn dus bij NS bekend. De oorzaak van hun gedrag lijkt vooral met hun persoonlijke problemen te maken te hebben. Dat biedt aanknopingspunten voor een op deze dadergroep gerichte aanpak, waar behalve NS, ook allerlei andere organisaties en mensen profijt van kunnen hebben, omdat ze eveneens met deze beperkte groep daders in aanraking komen.

(8) Waarom vroeg de rechtbank de AP en NS niet om te onderbouwen waarom een generieke privacy-aantasting in het OV nodig of proportioneel zou zijn met het oog op "agressiepreventie" of "(sociale) veiligheid"? Zonder die onderbouwing is het oordeel van de rechtbank vooringegenomen en kan niet rechtmatig zijn.

(9) De rechtbank vervolgt:

8.3 (...) Daarbij komt dat, om het voordeelurenabonnement een zichtkaart te laten zijn die niet hoeft te worden uitgelezen, elk jaar (na betaling van het abonnementsgeld) een nieuwe voordeelurenkaart moet worden verstrekt. Dit kost veel tijd en geld.

Hier praat de rechtbank klakkeloos iets na wat NS en de AP naar voren hebben gebracht, maar negeert mijn reactie daarop. Het is feitelijk onjuist wat NS en de AP op dit punt beweren. Ik heb al meer dan vijftientig jaar een voordeelurenabonnement, en al een groot aantal jaren stuurt NS mij slechts eens in de zoveel jaar een nieuwe kaart. Elk jaar wordt mijn abonnementsgeld automatisch van mijn rekening afgeschreven.

(10) Het is aan NS om te bepalen hoe vaak NS mij een nieuwe kaart wil sturen. Dat is een afweging die NS zelf kan maken, tussen enerzijds het vertrouwen dat 99,999% van de reizigers geen misbruik maken van hun kaart, en anderzijds de beperking van het risico dat 0,0001% dat wel doet. NS kan daarin ook een financiële afweging maken: kost het meer om iedere reiziger elk jaar een nieuwe kaart te sturen, of kost het meer om dat slechts één keer in de twee of drie jaar te doen met een risico op iets meer fraude. Die afweging moet NS zelf maken. Wat NS nu echter doet, is de kosten van fraudepreventie op een oneigenlijke manier externaliseren door die af te wentelen op onschuldige reizigers met een voordeelabonnement, van wie de privacy wordt afgepakt.

NS heeft ook geen cijfers laten zien over kosten van fraude met zichtkaarten voor voordeelurenabonnementen. Ik betaal nu een toeslag van 66% op de ritprijs in de voordeeluren omdat ik met privacy reis (ik krijg niet de 40% korting waar ik recht op heb). Die toeslag zou alleen gerechtvaardigd zijn als 100% van de gebruikers met een zichtkaart daarmee continu zouden frauderen (het is immers de prijs voor een reis zonder enige korting). Dat is absurd. Zo was het vóór 2014 niet, en in de toekomst zal dat ook niet zo zijn. Als er sprake zou zijn van een fraudepercentage van 0,1%, dan zou ik met een zichtkaart een toeslag van 0,066% op de prijs van een kaartje met korting kunnen betalen, zonder dat NS er verlies op maakte. Ik zou dan ook vaker reizen, waardoor NS juist meer winst zou maken.

(11) De rechtbank vervolgt:

Eiser wordt niet gevolgd in zijn stelling dat het niet nodig is om elke reis te controleren of het abonnementsgeld is betaald. Verweerder heeft er terecht op gewezen dat het betalen van het abonnementsgeld een belangrijke voorwaarde is van het voordeelurenabonnement. De gegevensverwerking voldoet aan het subsidiariteitsbeginsel.

De rechtbank negeert hier dat NS al sinds vele jaren in zijn eigen administratie kan controleren of ik mijn abonnementsgeld heb betaald. Daarvoor is het niet nodig dat de conducteur in de trein dat controleert - en voor 9 juli 2014 was daar ook geen sprake van. De conducteur controleerde mijn zichtkaart, en dat was voor hem de indicator dat ik in bezit was van een geldig vervoerbewijs. NS en de AP hebben niet onderbouwd waarom het noodzakelijk zou zijn om dat nu anders te doen, op een manier die mijn grondrecht op privacy aantast. Een ambitie om het anders te gaan doen, is niet hetzelfde als een noodzaak.

(12) Maar in plaats van de bewijslast voor een noodzaak, zoals artikel 5 lid 2 AVG (verantwoordingsplicht) vereist, bij de verwerkingsverantwoordelijke te leggen, legt de rechtbank die, in navolging van de AP, bij mij. Volgens de rechtbank "stel" ik dat er geen noodzaak is. Dat is niet waar. Ik constateer dat NS zo'n noodzaak niet heeft aangetoond. Natuurlijk is het betalen van abonnementsgeld een belangrijke voorwaarde voor het hebben van een voordeelurenabonnement. Maar de controle daarop moet plaatsvinden in het kader van de transactie waarmee ik een voordeelurenabonnement afsluit, en niet in het kader van de transacties voor specifieke reizen.

4.7.2 Subsidiariteit en GTBV

(1) Ten aanzien van subsidiariteit en GTBV schrijft de rechtbank in zijn uitspraak van 5 september 2019 het volgende:

(10.3) Verder is het mogelijk om met een eenmalige chipkaart gebruik te maken van de regeling GTBV. Er is dus al een alternatief waarbij niet alle reisgegevens worden geregistreerd, maar alleen de met de eenmalige kaart gemaakte reis. Het is niet onredelijk bezwarend dat voor eenmalige kaarten een toeslag moet worden betaald.

(2) De rechtbank onderbouwt die laatste stelling (een oordeel over de proportionaliteit van een alternatief) op geen enkele wijze. Het komt erop neer dat de rechtbank het, om volstrekt subjectieve, ongenoemde redenen, "redelijk" en "niet onredelijk bezwarend" vindt dat NS de reizigers dwingt om te kiezen tussen:

- ofwel het verlies van hun privacy (als ze een niet-anonieme of quasi-"anonieme" OV-chipkaart gebruiken);
- ofwel het betalen van een hogere ritprijs dan andere reizigers en een regelmatige gang naar een bankkantoor om daar tegen betaling van nog weer extra kosten een voorraad muntgeld aan te schaffen (als ze een echt anonieme OV-chipkaart of een eenmalige kaart met chip gebruiken) - met andere woorden: privacy-discriminatie.

Op die manier keurt de rechtbank goed dat OV-reizigers door NS structureel met oneigenlijke, discriminatoire middelen (financieel, fysiek) onder druk worden gezet om hun reisbewegingen te laten registreren en daarmee hun privacy te laten binnendringen. Kennelijk vindt de rechtbank dat nu al "normaal". Ten aanzien van het risico van normalisering, zie ook paragraaf 1.7 van dit hoger beroepschrift, en paragraaf 4.6.4, punt (4).

(3) De rechtbank zwijgt in bovengenoemde passage bovendien over het feit dat NS het niet toestaat dat een eenmalige kaart met chip wordt gebruikt in combinatie met een voordeelurenabonnement. Daardoor loopt de prijsdiscriminatie in de voordeeluren op tot méér dan 70% van de ritprijs die reizigers betalen die berusten in het verlies van hun privacy. Dat is voor reizigers met een normaal inkomen geen reëel alternatief.

(4) De rechtbank vervolgt:

10.3 (...) Over eisers voorstel dat NS-personeel op het station de OV-chipkaart uitleest en vervolgens een bon uitschrijft zonder vermelding van het pasnummer, heeft verweerder het volgende van belang kunnen achten. Het personeel op de stations beschikt, in tegenstelling tot de administratie van de NS, niet over de analyse-instrumenten die de NS voor de uitvoering van de regeling GTBV heeft gemaakt. Hierdoor kan de vertraging minder nauwkeurig worden gecontroleerd. Verder is dit alternatief praktisch gezien niet uitvoerbaar, omdat het zeer tijdrovend is. Op ieder station zal personeel beschikbaar moeten zijn om bonnen uit te schrijven en er zullen wachtrijen ontstaan. Een dergelijke werkwijze is dus minder effectief en minder efficiënt.

(5) Kennelijk heeft de rechtbank mijn aanvulling d.d. 5 juli 2019 op mijn beroepschrift niet gelezen. In paragrafen 2.2.6 (laatste alinea, pag. 45) en 2.2.7 (pag. 46-47) heb ik mijn suggesties voor

alternatieven nader uitgewerkt, in het licht van de nieuwe informatie die ik in maart 2019 had gekregen dat de quasi-"anonieme" OV-chipkaart binnen het OV-chipkaart-systeem waarschijnlijk niet anoniem valt te maken. Mijn nieuwste suggestie voorziet in een geautomatiseerde afhandeling van de waarmerking van gebruikte vervoerbewijzen, dan wel het uitprinten van een bon, in geval van GTBV. Daardoor hoeft er geen stationspersoneel aan te pas te komen. Het staat reizigers dan zelf vrij om het gewaarmerkte vervoerbewijs / de bon achteraf op te sturen (met NAW-gegevens), of aan de NS-balie meteen om contante vergoeding te vragen.

Ook v.w.b. subsidiariteit mag het systeem van NS geen exclusief kader zijn

(6) Het feit dat NS zelf gekozen heeft om het aantal service-balies de afgelopen jaren drastisch te verminderen (maar dan wel weer geüniformeerde "stewards" te laten rondlopen die bepaalde elementaire diensten aan reizigers "niet mogen verlenen", ook al staat er een wachtrij en is er nog een balie vrij in dezelfde ruimte), is geen geldige reden voor een inbreuk op de privacy van reizigers. Het is wel een voorbeeld van hoe bedrijven "winst privatiseren en kosten socialiseren". In dit geval worden de kosten gesocialiseerd in de vorm van privacy-verlies voor OV-reizigers.

De rechtbank neemt hier opnieuw het door NS opgezette systeem (in dit geval het systeem-onderdeel: "analyse-instrumenten") als uitgangspunt, in plaats van zich af te vragen welke "analyse" er nu eigenlijk nodig is. Voor de uitvoering van GTBV is niet meer nodig dan dat er gecheckt kan worden of een specifieke reiziger een specifieke, vertraagde reis heeft gemaakt. Dat kan op een privacy-vriendelijke manier aan de hand van inlevering van ofwel een origineel vervoerbewijs, ofwel een door een automaat uitgeprinte bon na uitlezing van een (ècht) anonieme OV-chipkaart (à la chipknip). Verdere "analyse" is voor het doel van GTBV niet nodig.

Het gaat er immers niet om "de vertraging" te controleren, zoals de rechtbank het vaag formuleert, maar alleen om te controleren of een reiziger die om GTBV verzoekt, de betreffende vertraagde reis daadwerkelijk heeft gemaakt.

Als NS vertraagde reizen echter ook wil aangrijpen om meer te weten te komen over de individuele reisbewegingen van OV-gebruikers, dan moet NS daarvoor netjes toestemming vragen aan die OV-gebruikers, en ze niet proberen te dwingen door ze alleen GTBV te geven als ze hun persoonlijke reisgegevens afstaan. Dat laatste is zelfs in strijd met de Europese verplichting om te voorzien in GTBV (zie ook paragraaf 4.3). Immers, dat is een verplichting om te voorzien in GTBV zonder daaraan andere voorwaarden te stellen dan dat de vertraagde reis daadwerkelijk is gemaakt.

Voor een nadere toelichting waarom het systeem van NS (het OV-chipkaart-systeem of het "bedrijfsmodel") niet aangegrepen mag worden als een exclusief kader om mogelijke alternatieven buiten beschouwing te kunnen laten, verwijs ik voorts naar paragraaf 4.7.3, punten (5) t/m (9).

Subsidiariteit, GTBV en "efficiëntie"

(7) In de hierboven geciteerde passage stipt de rechtbank het begrip "efficiëntie" aan. De omgang van NS met het argument van "efficiëntie" is zeer selectief. Als het de bestuurders van NS zo uitkomt, vinden ze hun idee van "efficiëntie" belangrijk, maar in andere gevallen (bijv: wat is "efficiënt" voor reizigers, of conducteurs, of de samenleving) vaak niet. Het begrip "efficiëntie" wordt op die manier, losgezongen van concreet uitgewerkte doelen en concrete begunstigden van het nastreven van die doelen, misbruikt als de zoveelste vrijbrief voor bestuurlijke willekeur. Zie verder mijn bijgevoegde impressie d.d. 7 oktober 2019, paragrafen 5 (p. 8) en 9 (pp. 27-30).

(8) Bovendien is "het vergroten van de efficiëntie" geen legitieme reden voor de aantasting van een grondrecht. Het kan bijvoorbeeld voor een bedrijf, vanuit een bepaald perspectief, efficiënt zijn om twaalfjarige kinderen tegen vergoeding van de helft van het volwassen minimumloon veertien uur per dag te laten werken aan een lopende band. Ruim honderd jaar geleden was dat ook toegestaan. Nadien zijn er rechten geïntroduceerd die "mensenrechten" of "grondrechten" worden genoemd (*does it ring a bell?*), en die dergelijke praktijken verbieden. Het kan zijn dat de rechtbank van mening is dat privacy niet al te serieus moet worden genomen als mensenrecht of grondrecht. Dat kan zo zijn, maar de rechtbank heeft zich, net als de AP, te houden aan het EVRM.

De AP heeft (ook) m.b.t. subsidiariteit niet voldaan aan haar onderzoeksplicht

(9) Het onderliggende probleem is dat de AP weigert serieus te toetsen of er m.b.t. GTBV sprake is van subsidiariteit. Zoals uw afdeling in uw uitspraak van 19 oktober 2016 heeft aangegeven,⁴⁹ ligt het op de weg van de AP om zelf in het kader van die toetsing te onderzoeken of er alternatieven zijn die een minder grote inbreuk op de privacy maken. Ik heb getracht de AP daarbij een beetje op weg te helpen, met enkele suggesties voor alternatieven. Maar het enige wat de AP gedaan heeft, is elk van die alternatieven wegwuiven door te zeggen dat het "niet kan", in essentie om geen enkele andere reden dan dat NS het niet wil. Op die manier heeft de AP niet voldaan aan haar onderzoeksplicht. Ten onrechte zwijgt de rechtbank daarover.

4.7.3 Subsidiariteit en de quasi-"anonieme" OV-chipkaart (unieke pasnummers etc.)

(1) Ten aanzien van subsidiariteit in relatie tot de quasi-"anonieme" OV-chipkaart schrijft de rechtbank in zijn uitspraak van 5 september 2019 het volgende:

9.3 Weliswaar worden aan de hand van het unieke pasnummer van de kaart reisgegevens verwerkt, maar bij het met contant geld kopen of opladen van een OV-chipkaart zijn geen betaalgegevens bekend die aan de gebruiker van de kaart kunnen worden gekoppeld. Het is niet onevenredig bezwarend dat hiervoor muntgeld moet worden gespaard, of dat tegen een licht hogere prijs (€0,50) met bankbiljetten saldo kan worden geladen bij een NS-balie. Er zijn verder geen concrete aanwijzingen dat de NS profileringstechnieken toepast of reisgegevens verhandelt met derden. Verweerder heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het doel waarvoor de reisgegevens worden verwerkt in redelijkheid niet op een andere, voor de bij de verwerking van persoonsgegevens betrokken persoon minder nadelige wijze kan worden verwezenlijkt. De gegevensverwerking voldoet aan het subsidiariteitsbeginsel.

De rechtbank verwacht subsidiariteit met proportionaliteit

(2) Wat aan deze passage om te beginnen opvalt, is dat de rechtbank eerst argumenten naar voren brengt waarom er voldaan zou zijn aan het proportionaliteitsbeginsel en vervolgens, zonder overgang, simpelweg stelt dat er is voldaan aan het subsidiariteitsbeginsel. Dat is een retorische truc, die de suggestie wekt dat de voorafgaande argumenten de direct daaropvolgende stelling ondersteunen. Dat is echter niet het geval.

Hiermee zou ik de bespreking van dit onderdeel van de uitspraak van de rechtbank kunnen beëindigen, als ik het vertrouwen had dat uw Afdeling de logica hiervan meteen zou inzien en

⁴⁹ ECLI:NL:RVS:2016:2743. Zie ook paragraaf 4.4 onder punt (3).

volgen. Ik vrees echter dat het niet zo eenvoudig ligt. Er is mij bij verschillende gelegenheden door juristen verteld: "Het (bestuurs)recht is geen wiskunde". Daarmee leken zij in de praktijk te bedoelen dat het (bestuurs)recht zich niet hoeft te houden aan elementaire beginselen van logica en gezond verstand. Ter voorkoming van verwarring hierover, verwijs ik bij dezen expliciet naar paragraaf 4.8 voor de bespreking van de argumenten in bovenstaande passage, voor zover die betrekking hebben op proportionaliteit.

(3) De onuitgesproken kern van de redenering van de rechtbank in deze passage is echter dat het subsidiariteitsbeginsel terzijde mag worden geschoven als er aan het proportionaliteitsbeginsel is voldaan. Dit is vergelijkbaar met de impliciete redenering die de rechtbank ook ten aanzien van het noodzakelijkheidsbeginsel hanteert.⁵⁰ Uiteindelijk schuift de rechtbank het noodzakelijkheidsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel opzij, en hanteert alleen nog, op een volkomen subjectieve wijze, het "proportionaliteitsbeginsel". En u begrijpt dat de rechtbank alles wat NS met persoonsgegevens wil doen, "proportioneel" vindt. NS is immers groot, en burgers zijn per definitie klein en machteloos vergeleken met NS. Dus is het proportioneel wat NS doet...

Het besef dat mensenrechten en grondrechten juist rechten zijn om kleine individuen te beschermen tegen overmacht van grote organisaties en grote collectieven, en daarom niet gereduceerd kunnen worden tot een puur subjectieve belangenafweging ten aanzien van proportionaliteit, ontbreekt bij de rechtbank kennelijk. Dat is zorgelijk, aangezien de rechtbank in het Nederlandse rechtsstelsel de op één na laatste beschermende instantie is tegen willekeur en het recht van de sterkste. De laatste beschermende instantie is uw Afdeling.

Bizarre opvatting van de rechtbank over wat proportioneel en dus subsidiair zou zijn

(4) Maar de dwaling van de rechtbank gaat nog verder, doordat die zelfs het proportionaliteitsbeginsel op een bizarre manier interpreteert. De eerste zin van de passage maakt dat duidelijk. Die zin kan als volgt worden geparafraseerd: "**9.3 Weliswaar [wordt de privacy van gebruikers van elke OV-chipkaart geschonden bij het scannen in de poortjes en in de trein], maar [dat geeft niet want op sommige andere momenten (nl. bij contante betaling) wordt de privacy niet geschonden].**" Met deze onzinnige redenering kan elke privacy-schending worden gerechtvaardigd, behalve één: namelijk dat iemand vierentwintig uur per dag onder camera-toezicht wordt gesteld, waarbij het licht in zijn cel niet uit kan. Dat zijn de omstandigheden aan een panopticum waarin mensen gevangen worden gehouden en gemarteld door autoritaire regimes. De rechtbank legt de lat voor wat betreft privacy-bescherming op deze manier wel erg laag... Is dat omdat het "slechts" een norm is, die verondersteld wordt geen consequenties te hebben?

Dat een meervoudige kamer van een Nederlandse rechtbank een dergelijke redenering bedenkt en zelfs vastlegt in een schriftelijke uitspraak, vind ik schokkend. Ik hoop dat uw Afdeling bereid is om specifiek te wijzen op de onzinnelijkheid van deze redenering.

De onjuiste opvatting van de AP inzake een alternatiefloos bedrijfsmodel van NS

(5) In de eerste hoger-beroepsprocedure in deze casus betoogde de AP in haar hoger beroepschrift:

⁵⁰ Zie: •aanvulling beroep 25 januari 2016, par. 3.2.6, rnr. [42] punten (4) t/m (6) (pp. 42-43); • reactie Jonker d.d. 16 februari 2017, par. 1.3, rnrs. [18]-[19], pp. 6-7; • paragraaf 4.6.1 (pp. 65-66) van dit hoger-beroepschrift.

3.5 De rechtbank lijkt in verband met de beoordeling van de vraag of de verwerking van reisgegevens *noodzakelijk* is veel waarde te hechten aan het alternatief dat de heer Jonker naar voren heeft gebracht. Dit alternatief komt erop neer dat een kortingsabonnement op een OV-chipkaart kan worden geplaatst en dat daarnaast, vergelijkbaar met bijvoorbeeld een samenreiskorting, de korting van het abonnement per reis op een separate anonieme OV-chipkaart kan worden geplaatst, waarmee vervolgens in- en uit wordt gecheckt. Door dit systeem zou gereisd moeten worden met twee OV-chipkaarten en worden geen reisgegevens verwerkt. De rechtbank meent dat de AP had moeten onderbouwen waarom van de NS niet de door de heer Jonker geschetste werkwijze verlangd kan worden.⁵¹

Wat de AP daarbij niet vermeldde, is dat de rechtbank en ik in de eerste beroepsprocedure hadden gesproken van het gebruik van de persoonlijke OV-chipkaart als "zichtkaart". Dat wil zeggen dat de persoonlijke OV-chipkaart bij controle van het vervoerbewijs, net als vroeger de abonnementskaart, alleen aan de conducteur getoond hoeft te worden, maar niet hoeft te worden uitgelezen. Alleen de anonieme OV-chipkaart hoeft dan te worden uitgelezen.

De AP vervolgde haar hoger-beroepschrift met een korte uitleg over de wettelijke beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, voortvloeiend uit het noodzakelijkheids criterium van artikel 8, tweede lid, van het EVRM, en deed toen, in paragraaf 3.7 van haar hoger beroepschrift, een belangrijke bekentenis:

3.7 Bij de toetsing door de AP of de NS voor die reisgegevensverwerking de hiervoor bedoelde grondslag van artikel 8, aanhef en onder b, van de Wbp heeft, is zij uitgegaan van het bedrijfsmodel van de NS – een digitaal OV-chipkaartsysteem met één OV-chipkaart voor iedere reiziger – waarbinnen die gegevensverwerking plaatsvindt. Dat betekent dat in het kader van de beoordeling of de verwerking van reisgegevens op een voor betrokkene minder nadelige wijze zou kunnen plaatsvinden, niet is teruggegrepen op de vraag of het bedrijfsmodel door een ander model zou kunnen en moeten worden vervangen.

Dit is een belangrijke bekentenis van de AP, omdat hieruit blijkt dat de AP in deze casus ten onrechte niet de EVRM en de Wbp als primair uitgangspunt heeft genomen, waaraan vervolgens de handelwijze van NS getoetst wordt. Nee, de AP heeft als primair uitgangspunt het "bedrijfsmodel" van NS (lees: het door NS ingevoerde OV-chipkaart-systeem) gekozen, en daarbij ook nog eens aangenomen dat dat "bedrijfsmodel" in beginsel zelfs niet getoetst hoeft te worden als een burger aanvoert dat zijn privacy als gevolg van dat "bedrijfsmodel" geschonden wordt.⁵²

Met andere woorden: de AP heeft in dezen de bescherming van het OV-chipkaart-systeem tot haar primaire taak verheven, en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van klanten van NS gedegradeerd tot een secundaire, daaraan ondergeschikte taak. Dat is niet in overeenstemming met de wettelijke taak van de AP.

In het licht van die foute taakopvatting van de AP, is het begrijpelijk dat de AP vervolgens niet bereid is het subsidiariteitsbeginsel adequaat te toetsen. Maar "begrijpelijk" is niet hetzelfde als gerechtvaardigd. Het bestaan van het OV-chipkaart-systeem is geen rechtvaardiging voor het

51 Hoger-beroepschrift AP, motivering d.d. 3 november 2016.

52 Ter zitting op 20 augustus 2019 bevestigde de AP dit: "Toen was de lijn dat het huidige OV-chipkaartsysteem leidend is en voldeed." (zittingsaantekeningen rechtbank 20 augustus 2019, pag. 6).

buiten beschouwing laten van privacy-vriendelijke alternatieven. Dit heb ik in mijn reactie op het hoger beroep van de AP destijds ook aangevoerd.⁵³

De consequenties van de opvatting dat het bedrijfsmodel alternatiefloos zou zijn

(6) De AP probeerde het hiervoor beschreven taakverzuim te rechtvaardigen door in dezelfde paragraaf van haar hoger-beroepschrift te vervolgen:

3.7 (...) Omdat de verwerking van reisgegevens niet per se voortvloeit uit de keuze voor het digitale OV-chipkaartsysteem als zodanig, noch uit de keuze voor het gebruik van één OV-chipkaart door de reiziger, hoefde dat [het toetsen van het bedrijfsmodel] ook niet. Pas in die gevallen waarin een overtreding van de Wbp zit 'ingebakken' in de keuze van het bedrijfsmodel als zodanig kijkt de AP naar dat bedrijfsmodel en betreft zij eventueel mogelijke alternatieven voor dat bedrijfsmodel."

(7) Dat is een cruciale opmerking. Op dat moment (3 november 2016) meende de AP, of althans de behandelend ambtenaar van de AP, nog dat de zogenaamde "anonieme" OV-chipkaart werkelijk anoniem was. De AP had nog niet mijn brief van 24 november 2016 ontvangen waarin ik wees op het feit dat er op elke "anonieme" OV-chipkaart twee unieke pasnummers zijn aangebracht. Ook had de AP op dat moment nog niet onderzocht welke data er nu echt verwerkt worden met de "anonieme" OV-chipkaart. Dat zou de AP pas doen in maart 2019, nadat ik tegen het herziene besluit op bezwaar van de AP opnieuw bezwaar had ingediend. Voorts had de toenmalige behandelend ambtenaar van de AP hoogstwaarschijnlijk, net als ik, geen kennis genomen van het rapport van een onderzoeksgroep van de Radboud-universiteit uit 2010, waarin al duidelijk werd gemaakt dat ook de "anonieme" OV-chipkaart geen privacy bood. Dat onderzoeksrapport kwam pas weer boven water op 8 augustus 2019, kort voor de zitting van de rechtbank op 20 augustus. Ik stuurde die zo snel mogelijk, bij brief van zondag 11 augustus, door aan de rechtbank.⁵⁴

Uit de informatie die op 24 november 2016, 14 maart 2019 en 8 augustus 2019 boven water kwam, kon de AP dus concluderen dat haar opvatting van 3 november 2016 dat het OV-chipkaartsysteem (het "bedrijfsmodel") niet zou dwingen tot privacy-schending, niet klopte.

(8) Dit had voor de AP aanleiding moeten zijn om alsnog te gaan onderzoeken of er alternatieven zijn voor dat "bedrijfsmodel", bijvoorbeeld in de vorm van het herstel van het alternatief van papieren treinkaartjes, of een aanpassing of vervanging van het OV-chipkaart-systeem.

De AP deed echter het omgekeerde. In plaats van deze nieuwe informatie te betrekken bij het door haar in opdracht van de rechtbank in gang gezette, uitgebreidere onderzoek, zoals ik bij brief van 24 november 2016 verzocht, hield de AP deze informatie juist buiten dat onderzoek, door het ten onrechte op te vatten als een ander, separaat handhavingsverzoek.

Pas toen ik in een andere casus, na afwijzing van mijn handhavingsverzoek, bezwaar had ingediend, ging de AP in die casus in maart 2019 vragen stellen (aan TLS) om meer duidelijkheid te krijgen over de feitelijke omgang met de persoonsgegevens die onder verantwoordelijkheid van NS worden verwerkt bij gebruik van een zogenaamd "anonieme" OV-chipkaart.

⁵³ Reactie Jonker d.d. 6 december 2016 op hoger-beroepschrift AP.

⁵⁴ Zie paragraaf 2.8 voor het precieze procesverloop.

(9) Dit heb ik in mijn beroep in de huidige casus allemaal voorgelegd aan de rechtbank. Op grond hiervan had de rechtbank moeten concluderen dat de AP ten onrechte niet heeft onderzocht of gerechtvaardigde doelen door NS ook kunnen worden bereikt op alternatieve manieren die wijzigingen vereisen ten opzichte van het huidige, arbitraire "bedrijfsmodel" (lees: handelwijze) van NS. Ten onrechte heeft de rechtbank:

- a) niet getoetst of de AP onderzocht heeft of er ook alternatieven zijn die wellicht een wijziging van de huidige handelwijze ("bedrijfsmodel") van NS zouden vereisen;
- b) dit niet betrokken bij haar beoordeling of er is voldaan aan de subsidiariteitstoets m.b.t. het voordeelurenabonnement, GTBV en de quasi-"anonieme" OV-chipkaart.

Welke alternatieven zijn er mogelijk?

(10) Met betrekking tot subsidiariteit (alternatieven) en de quasi-"anonieme" OV-chipkaart, is mijn standpunt veranderd naar aanleiding van de nieuwe informatie die ik in maart 2019 kreeg (antwoorden van TLS op vragen van de AP in een andere casus), en die in augustus 2019 werd bevestigd (onderzoeksresultaten van de Radboud-universiteit).

Tot maart 2019 waren mijn suggesties voor alternatieven gebaseerd op het idee dat de "anonieme" OV-chipkaart echt anoniem zou worden indien de unieke pasnummers daarvan zouden worden verwijderd. Dan zou het saldo geladen kunnen worden op een werkelijk anonieme OV-chipkaart (vergelijkbaar met de "chipknip" die een tijd lang in Nederland in gebruik was).

Maar de informatie van TLS in maart 2019 maakte duidelijk dat het OV-chipkaart-systeem zo is ontworpen dat het saldo niet, of althans niet alleen, op de OV-chipkaart zelf wordt geladen, maar altijd (ook) wordt geadmistreerd op een server in de back-office van TLS.

Dit maakt het waarschijnlijk dat er binnen het huidige OV-chipkaart-systeem geen privacy-vriendelijk-alternatief bestaat voor reizen met een echt anonieme OV-chipkaart (anders dan een "eenmalige kaart met chip"). Maar er zijn nog steeds wel alternatieven mogelijk buiten het huidige OV-chipkaart-systeem, dat wil zeggen alternatieven:

- in aanvulling daarop (bijv. een zichtkaart in de voordeeluren in combinatie met het herstel van de mogelijkheid om eenmalige kaarten - met of zonder chip - met voordeelurenkorting tegen contante betaling met bankbiljetten aan te schaffen - zonder prijsdiscriminatie of andere extra obstakels);
- in de vorm van een aanpassing van het OV-chipkaart-systeem;
- in de vorm van een vervanging van het OV-chipkaart-systeem.

Die alternatieven waren al mogelijk voorafgaand aan het allereerste primaire besluit van de AP tot afwijzing van mijn handhavingsverzoek. Dat had de AP toen al moeten onderzoeken, in plaats van vijf jaar lang de hakken in het zand te zetten. Nu de AP dat onderzoek nog steeds niet op een serieuze, geloofwaardige manier gedaan heeft, is er niet voldaan aan het subsidiariteitsvereiste.

Ideeën van de AP over het vermeende "bedrijfsmodel" van NS maken dat niet anders. Voor een nadere toelichting daarover, zie hierboven onder punten (5) t/m (9).

4.8 Proportionaliteit - is niet hetzelfde als "waarborgen" of "een gedragscode"

4.8.1 Proportionaliteit en het voordeelurenabonnement

(1) Ten aanzien van proportionaliteit en het voordeelurenabonnement schrijft de rechtbank in zijn uitspraak van 5 september 2019 het volgende:

8.4 Verweerder heeft zich ook in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de inbreuk op de belangen van de bij de verwerking van persoonsgegevens betrokken persoon niet onevenredig is in verhouding tot het met de verwerking te dienen doel. Verweerder heeft daarbij het volgende van belang kunnen achten. De NS houdt zich aan de 'Gedragscode verwerking persoonsgegevens OV-chipkaart door OV-bedrijven'. In artikel 10, eerste lid, van deze Gedragscode staat dat het OV-bedrijf reisgegevens technisch en organisatorisch gescheiden zal opslaan van de overige persoonsgegevens van een reiziger. Verder verstrekt de NS persoonsgegevens alleen in uitzonderlijke gevallen en op verzoek aan derden. Hiervoor is een wettelijke grondslag vereist. De gegevensverwerking voldoet dus ook aan het proportionaliteitsvereiste.

(2) Wat de rechtbank hier om te beginnen doet, is de vraag naar proportionaliteit reduceren tot een vraag of er voldoende waarborgen zijn dat de gegevens niet misbruikt zullen worden. Dat is een onjuiste interpretatie van het begrip "proportionaliteit" zoals bedoeld in art. 11 lid 1 Wbp en art. 5 lid 1(c) AVG). Proportionaliteit betekent dat er niet meer gegevens worden verwerkt dan nodig met het oog op de daarmee gediende doelen.

De rechtbank redeneert alsof er, indien er voldoende waarborgen zijn tegen misbruik van gegevens, reeds daaruit afgeleid zou kunnen worden dat er wordt voldaan aan het proportionaliteitscriterium. Dat is onjuist en niet in overeenstemming met de wet. Op deze manier is de proportionaliteit niet aangetoond, terwijl art. art. 5 lid 2 AVG dat wel vereist.

"Technisch en organisatorisch gescheiden"

(3) Als het om waarborgen gaat, negeert de rechtbank wat ik naar voren heb gebracht over risico's die blijven bestaan als persoonsgegevens "technisch gescheiden" worden opgeslagen - wat in de definitie van NS kan betekenen dat ze op dezelfde chip op de OV-chipkaart kunnen worden opgeslagen, op slechts micrometers of zelfs nanometers van elkaar. Vanaf het begin heeft NS in de door mij gevoerde procedures betoogd dat er sprake zou zijn van "*privacy-by-design*". Dat klopt niet. Het eerder genoemde onderzoek van de Radboud-universiteit had in 2010 al uitgewezen dat dat niet klopte. Sindsdien is het "design" van het systeem niet substantieel veranderd.

(4) Met "organisatorisch gescheiden" opslag bedoelt de rechtbank waarschijnlijk dat de NAW-gegevens van abonneementhouders bij NS worden opgeslagen, terwijl hun reisgegevens bij TLS worden opgeslagen. Maar uit jurisprudentie (het Breyer-arrest van het EHV/ECJ, 19 oktober 2016) blijkt dat de herleidbaarheid van gegevens tot personen cruciaal is. Ook als persoonsgegevens bij het opslaan worden verdeeld over twee verschillende plekken, zijn ze herleidbaar als ze opnieuw aan elkaar gekoppeld kunnen worden. Bovendien heeft NS zelf aangegeven de gegevens weer te koppelen bij "service-verlening" aan OV-reizigers. NS beschouwt dat als één van de "uitzonderlijke" gevallen waarin de gegevens toch mogen worden gekoppeld. Daarmee blijft van de vermeende "organisatorische" waarborg niets over.

"Gedragscode"

(5) Ten onrechte acht de rechtbank een "gedragscode" van NS voldoende als waarborg dat de "gescheiden bewaarde" gegevens niet aan elkaar zullen worden gekoppeld. Het is niet duidelijk op welke "gedragscode" de rechtbank in zijn uitspraak doelt. In mijn beroepschrift van 10 september 2015 heb ik de gedragscode van KNV besproken, opgesteld in 2007, geëvalueerd in 2008 en gewijzigd in 2009, waarnaar NS destijds verwees.⁵⁵

Een "gedragscode" van NS biedt geen garantie dat de "organisatorisch gescheiden" gegevens niet toch met elkaar in verband worden gebracht. Als NS de gedragscode overtreedt, staat daar geen sanctie op. Zo'n gedragscode voldoet ook niet aan het vereiste in artikel 14 lid 2 Wbp, dat een "overeenkomst of rechtshandeling" vereist "waardoor een verbintenis ontstaat tussen bewerker en de verantwoordelijke".

De rechtbank gaat er hierbij ten onrechte ook aan voorbij dat TLS een dochteronderneming is van NS. Daar komt nog bij dat NS en TLS in de eerste helft van 2019 een joint venture zijn aangegaan op het gebied van de verwerking van OV-data.⁵⁶ Bovendien valt een eventuele overtreding van de gedragscode door NS voor de betrokkenen niet waar te nemen, in ieder geval niet voordat de eventuele consequenties daarvan voor betrokkenen merkbaar worden en herleidbaar tot NS.

Het is bijvoorbeeld mogelijk dat opsporingsdiensten of inspecties NS en TLS benaderen met het verzoek om, op basis van een door (geheime) algoritmes gegenereerde risico-indicator, de reisgegevens van bepaalde personen aan hun NAW-gegevens te koppelen, waardoor ze identificeerbaar worden, zonder dat er enige concrete verdenking van een misdrijf op hen rust. Ten onrechte gaat de rechtbank geheel voorbij aan dergelijke risico's.⁵⁷

In de afgelopen jaren is ook gebleken dat er met bijna elk systeem met grote aantallen persoonsgegevens vroeg of laat iets mis gaat: een hack, een lek, een iets te "losse" interpretatie van de regels, etc. Als dat eenmaal gebeurt, is dat onomkeerbaar. Daarom is gegevensminimalisatie van groot belang, evenals een robuuste toepassing daarvan (bijv. d.m.v. *zero-knowledge-techniek*).

55 Beroepschrift 10 september 2015, par. 5.5 (pp. 23-29).

56 Zie: Michiel Jonker, *OV-data-jacht: op weg met surveillance corporatism* (7 oktober 2019; bijgevoegd).

57 Denk bijvoorbeeld ook aan de DUO-affaire (niet de meest recente, over de in strijd met de AVG geplaatste tracking-software, maar alweer de vorige, over het opvragen van reisgegevens door DUO):

"De Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO) mag reisgegevens van studenten opvragen om te controleren of de student terecht een beurs voor uitwonenden ontvangt. Hiermee maakt de DUO weliswaar inbreuk op de privacy van die student, maar die inbreuk is toegestaan. Dit heeft de Centrale Raad van Beroep bepaald. Met die gegevens van het reisgedrag bekijkt DUO of studenten ten onrechte een hogere uitwonendenbeurs kregen, terwijl ze mogelijk thuis woonden.

Volgens de Raad is er inbreuk op de privacy door het opvragen van de gegevens, maar is deze gerechtvaardigd vanwege het doel: fraudebestrijding. De Raad oordeelt ook dat de gegevens op zichzelf niet genoeg bewijs leveren dat de student fraudeert, het moet vooral gezien worden als aanvullend bewijs. Bovendien gaat de instantie naar eigen zeggen niet willekeurig te werk, maar worden alleen studenten met een verhoogd risico gecontroleerd.

De uitspraak komt nadat vorig jaar zomer een student naar de rechter stapte omdat hij het niet eens was met de opvraagpraktijken van DUO. Hij kreeg toen van de rechter gelijk. Na de uitspraak stapte DUO naar de Centrale Raad van Beroep, één van de drie hoogste bestuursrechters van Nederland. DUO heeft de afgelopen jaren 377 keer reisgegevens van studenten opgevraagd bij OV-chipkaartbedrijf Translink."

Bron: <https://www.rtlnieuws.nl/nederland/artikel/3843091/duo-mag-privacy-student-schenden-om-uitwonende-beurs> Geraadpleegd: 26 oktober 2019.

Proportionaliteit, subjectiviteit en normalisering

(6) Het begrip "proportionaliteit" biedt veel ruimte voor subjectiviteit bij de beoordeling of daarvan sprake is. De rechtbank doet daarover een stelling die alleen wordt onderbouwd met het voorhanden zijn van vermeende "waarborgen" ter bescherming van de verwerkte persoonsgegevens, en slaat daarmee ten onrechte de vraag over of de verwerking op zichzelf bovenmatig is.

Indien het op deze manier wordt gehanteerd, biedt het proportionaliteitscriterium geen enkele rechtsbescherming tegen bovenmatige verwerking, en dient alleen als een soort juridisch zwart gat waarmee elke vorm van privacy-bescherming kan worden weggezogen. In paragraaf 1.7 heb ik al beschreven en met een scenario geïllustreerd hoe de normen over wat "proportioneel" zou zijn, steeds verder kunnen opschuiven als gevolg van de normalisering van steeds extremere praktijken - die dan niet langer extreem worden gevonden omdat men vergeten is hoe men daar vroeger, vijf, tien of twintig jaar geleden, tegen aankeek.⁵⁸

De normen op het gebied van privacy zijn in Nederland en elders de afgelopen jaren al enorm verschoven als gevolg van de illegale data-verzameling door zowel overheden als particuliere bedrijven. Na de onthullingen van Edward Snowden (2013) waren er mensen die zeiden dat hij een nuttige idioot was voor de NSA en andere geheime diensten, omdat hij, door te onthullen hoe die geheime diensten in werkelijkheid te werk gingen, de eerste stap initieerde op weg naar gewenning daaraan. Degenen die dit toen zeiden, hebben voor een deel gelijk gekregen, namelijk op het punt van gewenning en normalisering bij een deel van de bevolking (namelijk de mensen die zeggen: "Hou op met dat gezeur over privacy"). Anderzijds was er geen andere manier om een verdediging tegen dat soort spionage-praktijken op te bouwen, dan door die praktijken eerst te onthullen en te benoemen.

Wet en rechtsstaat versus normalisering van privacy-schending

(7) Een rechtsstaat wordt gekenmerkt door echte waarborgen, niet alleen tegen misbruik van persoonsgegevens, maar ook tegen de normalisering die optreedt als gevolg van de combinatie van overmacht en brutaliteit van organisaties die gegevens willen verwerken, onverschilligheid van toezichthouders en rechters, en gewenning van burgers.

Wetten functioneren in een rechtsstaat niet alleen als voorschriften, maar vervullen ook de functie van een geheugen (of: een geheugensteun). Wat tien jaar geleden niet proportioneel was, kan nu niet opeens zomaar wel proportioneel zijn. Dan is er op zijn minst een verklaring nodig, inclusief een expliciete benoeming van nieuwe criteria die de oude zouden hebben vervangen.

(8) In de huidige casus is er door de AP nooit zo'n verklaring gegeven. Het enige wat de AP heeft gedaan, is in het najaar van 2017 (ter zitting van uw Afdeling op 4 september, en in haar bevindingenrapport, aan mij toegestuurd op 8 september) beweren dat "digitalisering" [thans] "een gegeven" zou zijn. Ik heb dat bestreden, en dat onderbouwd met argumenten.⁵⁹ Die argumenten zijn door de AP niet weerlegd, en ook niet door de rechtbank.

(9) Pas tijdens de rechtszitting op 20 augustus 2019 deed de advocaat van NS een poging om hier iets meer over te zeggen. Ik citeer uit de zittingsaantekeningen van de rechtbank:

⁵⁸ Zie behalve paragraaf 1.7 ook paragraaf 4.8.3, punt (3), en paragraaf 4.9.

⁵⁹ Reactie Jonker 25 september 2017, par. 2.2.2.3 (pp. 11-12); par. 2.2.3.5 (p. 14); en par. 2.2.3.6 (p. 14).

- Voorzitter: Eiser noemt alternatieven, zoals voordeelurenkorting op een werkelijk anonieme OV-chipkaart, een eenmalig anoniem kaartje met chip met voordeelurenkorting in combinatie met een zichtkaart en een eenmalig anoniem papieren treinkaartje. Waarom kan er geen voordeelurenkorting worden geplaatst op een anonieme OV-chipkaart in combinatie met een zichtkaart?
- Verweerder: Nu kan worden gecontroleerd of het abonnementsgeld is betaald en of het juiste tarief voor de reis wordt betaald. Dat kan niet in dezelfde mate in de trein worden gedaan. Met een werkelijk anonieme kaart zoals eiser die voorstelt, kan het niet omdat die niet zijn voorzien van unieke nummers. De huidige anonieme OV-chipkaarten hebben wel unieke pasnummers.
- Eiser: Het is helemaal niet nodig om bij elke reis te checken of het abonnementsgeld is betaald. Ik zie een behoefte om meer en meer te controleren, terwijl dat niet nodig is.
- Verweerder: Wij staan er anders in. Juist de controle op betaling van het abonnementsgeld is belangrijk en daar past de gegevensverwerking bij.
- Voorzitter: Vroeger, met het papieren kaartje, werd het ook niet gedaan.
- Verweerder: Dat die controle vroeger niet kon, wil niet zeggen dat het nu niet mag.
- [NS-advoc.]: De wereld is niet meer zoals vroeger. Het wordt steeds drukker in de trein en op het spoor. De spoorcapaciteit moet op een efficiënte wijze worden benut. Daarom is het nodig om te differentiëren met verschillende kortingen voor verschillende groepen personen. Hiervoor is het nodig dat kaarten persoonlijk zijn. Als de kortingskaart anoniem is, werkt de volumekorting niet meer. De zichtkaart in combinatie met de incheckkaart heeft als grote nadeel dat de controle ingewikkelder wordt. Er wordt nu gecontroleerd bij het in- en uitchecken en soms in de trein. Dat is niet disproportioneel. De NS hecht er aan om de controle op de stations te laten plaatsvinden. Escalaties kunnen beter worden voorkomen.
- Eiser: Mijn reisproduct is een voordeelurenabonnement. Daar zit geen volumekorting op. Voor mijn product is het niet nodig om te registreren of ik meer volume maak of niet. In hoeverre wil je gedrag van reizigers sturen? Is dat nodig en in hoeverre mag je hun privacy schenden? Deze vraag ligt hier ook voor. De NS moet een reisproduct maken dat de privacy van reizigers waarborgt, niet een product waarbij de klant zo veel mogelijk wordt gecontroleerd. Er is een onderscheid tussen differentiëren van reizigers en controleren van reizigers. De NS kan mij beïnvloeden met een ouderwets voordeelurenabonnement zonder dat zij registreert wat mijn reisbewegingen zijn. Je kan de reisbewegingen in het algemeen tellen en kijken of het

kortingsabonnement werkt. Daarvoor hoeven geen individuele bewegingen te worden gereregistreerd.

[NS-advoc.]: De NS verkoopt reisproducten en daar hoort een zekere mate van controle bij. Het is nodig om te controleren of een klant de kaart rechtmatig gebruikt en voor de reis heeft betaald. Ook een voordeurenabonnement is een volumekorting. Het gaat niet om de korting per product, maar om hoe vaak je er gebruik van maakt. Alle producten zijn gepersonaliseerd, omdat ze anders door meerdere personen kunnen worden gebruikt.

[Rechter]: Op de zichtkaart zit toch een foto?

[NS-advoc.]: Bij de zichtkaart is het probleem vooral de controle in de trein. In dat geval moeten in de trein twee kaarten worden uitgelezen en er moet worden gecontroleerd of het abonnementsgeld is betaald. Dit zijn veel meer handelingen en het gaat om grote aantallen.

[Rechter:]: Volgens mij bedoelt eiser een echte zichtkaart.

[NS-advoc.]: Dan kan niet worden gecontroleerd of het abonnementsgeld is betaald. Anders moet er elk jaar een nieuwe kaart worden uitgegeven.

Verweerder: Door in- en uitchecken wordt ook het juiste tarief voor de reis bepaald.

[Rechter:]: Stel dat er een zichtkaart komt. Eiser, hoe ziet u dat dan voor zich?

Eiser: Die mogelijkheden moeten worden onderzocht. Ik weet het nu niet precies, maar de mogelijkheden zijn er wel. Verder waren de extra handelingen vroeger heel normaal. Het OV-chipkaartsysteem leidt vaak tot misverstanden en discussies [in de trein], dus het is niet sneller. Er hoeft ook niet elke keer te worden gecontroleerd of het abonnementsgeld is betaald.

(10) Dit was, nadat ik meer dan vijf jaar had geprocedeerd, de eerste keer dat ik het gevoel kreeg dat er een begin van uitwisseling ontstond. Misschien nog niet helemaal op het niveau van Plato's *Symposium*, maar toch... Ik waardeer dan ook de zorg die de rechtbank aan de zittingsaantekeningen (zakelijke weergave) heeft besteed. Niet alles staat erin, maar wel veel, en overzichtelijk.

(11) De hier geciteerde gedachtenwisseling in de rechtszaal laat goed zien welk soort argumenten de AP en NS naar voren brengen om hun normen op het gebied van "proportionaliteit" te onderbouwen. Het ging om de volgende argumenten:

- Een ambitie om meer dingen vaker dan voorheen te controleren, omdat het dankzij nieuwe technische mogelijkheden tegenwoordig nu eenmaal kan: "*Nu kan [in de trein] worden gecontroleerd of het abonnementsgeld is betaald*";
- Verwijzing naar nieuwe, algemeen geformuleerde omstandigheden, zonder duidelijk te maken waarom dat meer controle van individuele reisbewegingen zou vereisen: "*De wereld is nu anders dan vroeger. Het is nu drukker op het spoor.*";

- Een verwijzing naar algemene doelstellingen ("efficiëntie"), zonder duidelijk te maken waarom die het registreren van individuele reisbewegingen zouden vereisen;
- Een simpele wilsuiting: "*Wij vinden het belangrijk. Wij staan er anders in*", zonder onderbouwing van noodzaak of proportionaliteit. En dit was nota bene de AP (de verweerder), die zich op dat punt kennelijk heeft laten hersenspoelen door NS (en/of door het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat en andere polder-machten);
- Een uiting van willekeur: "*Dat het vroeger niet kon, betekent niet dat het nu niet mag.*" Het wordt niet duidelijk hoe zo'n stelling de noodzaak, de subsidiariteit of de proportionaliteit van enige maatregel zou kunnen onderbouwen, wat echter wel vereist wordt door de in artikel 5 AVG opgenomen verantwoordingsplicht. Vroeger, toen er nog geen pistolen bestonden, kon de politie een ongewapende, wegvlochtende tiener nog niet van achteren door het hoofd schieten.⁶⁰ Inderdaad, dat betekent op zichzelf niet dat het nu niet mag. Aan de andere kant betekent het ook niet dat het nu wel mag.
- Het stellen van een nieuwe norm: "*De NS verkoopt reisproducten en daar hoort een zekere mate van controle bij.*"
- De pretentie dat iets wat op een andere manier ook al kon, nu alleen nog maar op een privacy-schendende manier kan: "*Het is nodig om te controleren of een klant de kaart rechtmatig gebruikt en voor de reis heeft betaald.*" Er wordt niet uitgelegd waarom dat met een zichtkaart en een eenmalig treinkaartje niet zou kunnen, terwijl het tot vijf jaar geleden in ieder geval wel kon.
- Een verkapte wilsuiting, strekkende tot de wens om privacy te schenden, in de vorm van de wens van NS om van iedere voordeelurenabonnementshouder te volgen hoe die zijn abonnement individueel gebruikt: "*Het gaat niet om de korting per product, maar om hoe vaak je er gebruik van maakt.*" Er wordt niet uitgelegd waarom het nu nodig zou zijn om te registreren hoe vaak ik mijn abonnement gebruik, terwijl het vroeger niet nodig was.
- Het opwerpen van een zogenaamd "probleem" in combinatie met een onware stelling: "*Alle producten zijn gepersonaliseerd, omdat ze anders door meerdere personen kunnen worden gebruikt.*" Nee, niet alle producten zijn gepersonaliseerd. De eenmalige kaart met chip bijvoorbeeld niet. En tot nog toe had NS ook volgehouden dat de "anonieme OV-chipkaart" niet gepersonaliseerd was. Het is evenmin waar dat producten anders door meerdere personen kunnen worden gebruikt. Natuurlijk, met elk product dat geschikt is voor gebruik in een democratische rechtsstaat, en ook met de meeste andere producten, kan worden gefraudeerd. Dat gold voor de zichtkaart, en dat geldt ook voor de OV-chipkaart (zowel de gepersonaliseerde als de quasi-"anonieme"). Hoe ik dat weet? Tja, je hoort wel eens wat in de wandelgangen... natuurlijk heb ik geen bewijzen, en die wil ik ook niet hebben. Het zijn alleen geruchten van de plausibele soort. Anderzijds, met het product "galg" kan niet worden gefraudeerd, althans niet door de gehangene, mits er voldoende toezicht en handhaving is. Alleen... willen we dat? Een volledige preventie van fraude vereist de afschaffing van de democratische rechtsstaat - en dan blijkt vervolgens dat een totalitaire staat geen fraude kent of heeft, maar fraude *is*.
- Nog een keer het opwerpen van een niet bestaand probleem: "*Anders moet er elk jaar een nieuwe kaart worden uitgegeven.*" Dat is niet waar. Al vele jaren geleden vernieuwde NS mijn voordeelurenkaart slechts eenmaal in de zoveel jaar. Elk jaar werd het abonnementsgeld automatisch van mijn rekening afgeschreven - en dat gebeurt nog steeds.

⁶⁰ <https://www.theguardian.com/us-news/2019/oct/25/police-shooting-video-isiah-murrietta-golding-fresno-california>

- En het opwerpen van nog meer niet-bestaande problemen:
 - *"Daarom is het nodig om te differentiëren met verschillende kortingen voor verschillende groepen personen."* Die differentiatie is niet afhankelijk van of er een OV-chipkaart of een zichtkaart wordt verstrekt aan de deelnemers aan het voordeeluren-arrangement.
 - *"Als de kortingskaart anoniem is, werkt de volumekorting niet meer."* Is onzin, ten eerste omdat de kortingskaart niet anoniem hoeft te zijn - dat geldt alleen voor de kaart met data over mijn individuele reisbewegingen; en ten tweede omdat de kortingskaart wel degelijk invloed heeft op het volume van mijn reisbewegingen. Of heeft NS een heel andere "werking" op het oog, bijvoorbeeld de "werking" (m.a.w: het doel) dat de reisbewegingen van elke individuele reiziger door NS of TLS kunnen worden gevolgd en geregistreerd?
 - *"De zichtkaart in combinatie met de incheckkaart heeft als groot nadeel dat de controle ingewikkelder wordt."* Tjonge, iets wat tientallen jaren niet ingewikkeld was (controle van zichtkaart plus treinkaartje) vindt NS nu opeens wel ingewikkeld. Dat is niet nodig.

Hieruit kan worden geconcludeerd dat de AP en NS, hoezeer ze ook opereerden als twee handen op één buik, tijdens de rechtszitting geen enkel steekhoudend argument naar voren hebben gebracht waarom er sprake zou zijn van noodzakelijkheid, subsidiariteit of proportionaliteit.

Vraag waarom de wet en de ingebrachte argumenten kennelijk niet de doorslag geven

(12) Ter zitting was duidelijk - en het blijkt indirect ook uit de hier geciteerde zittingsaantekeningen - dat de drie rechters heel goed doorhadden dat de AP en NS geen steekhoudende argumenten naar voren brachten. Dit roept de vraag op waarom de rechtbank in zijn uitspraak plotseling als een blad aan de boom is omgeslagen en het privacy-schendende OV-chipkaart-systeem zonder enige kritiek doorwuift, alsof het opeens noodzakelijk, subsidiair, proportioneel en *normaal* zou zijn.

De enige plausible verklaring die ik daarvoor kan bedenken, is dat onze rechtspraak niet werkelijk onafhankelijk is, maar ook moet luisteren naar influisteringen en tradities, afkomstig van buiten de rechtszaal, bijvoorbeeld afkomstig van belanghebbende instanties of partijen met veel macht.

De dubbelslag van de rechtbank - enerzijds zorg besteden aan de vastlegging van de argumenten in de zittingsaantekeningen, en ze anderzijds vervolgens wegwuiven - heb ik eerder enkele malen meegemaakt in situaties waar ik niks over wil zeggen. In die situaties was er sprake van sympathie voor mijn zaak bij mensen die zich daarmee uit hoofde van hun functie bezig moesten houden, maar die zelf niet hun nek al te ver uit durfden te steken. Ze hielpen mij zoveel als ze durfden, door feiten en verklaringen zorgvuldig vast te leggen, maar dekten zich vervolgens in door de voor de hand liggende conclusies uit die feiten en verklaringen niet te trekken, maar in plaats daarvan met een onzin-verhaal te komen waarmee ze hun superieuren niet te veel tegen de haren hoopten in te strijken. Ik was blij met hun gedeeltelijke hulp, maar niet onder de indruk van hun moed.

Als mijn vermoeden klopt, dan roept dit de vraag op: wie oh wie zijn de werkelijke superieuren van de rechtbank? Aan welke krachten is de rechtbank werkelijk onderhevig?

(13) De volgende, voor de hand liggende maar taboe-doorbrekende vraag is dan: aan welke krachten zou uw Afdeling onderhevig kunnen zijn? Het begint al met uw naam: u bent een "afdeling" van een organisatie die ook de uitvoerende macht adviseert, en wel op het hoogste niveau. Al tijdens mijn opleiding bestuursrecht, meer dan twintig jaar geleden, hoorde ik dat er

internationaal met gefronste wenkbrauwen werd gekeken naar de belangenverstrengeling in de Raad van State, en dat er af en toe ook wel bewegingen waren geweest - op een hoog niveau - om uw rechtspraak en uw adviserende taken van elkaar te ontvlechten. Maar dat het - om niet geheel duidelijke redenen - nooit gelukt was om die ontvlechting werkelijk op de agenda te krijgen, laat staan consequent door te voeren. Vreemd, hoe zou dat komen?

Inmiddels is het twintig jaar later. Er lijkt nog niet echt iets veranderd te zijn. Men is er nog op aan het studeren.⁶¹ *Na ja, jeder kann sich mal in was Blödes verrennen... Es waren eben schlechte, wirre Zeiten. Trinkt man schon?* Macht is een moeilijk iets. Het doet iets met mensen.

Uw Afdeling vindt het wellicht niet verstandig van mij dit aspect van deze rechtszaak bij u aan te kaarten. Maar waarom zou ik daar beducht voor zijn? Als uw Afdeling in staat is recht te spreken in onafhankelijkheid van zulke machtige organen als de Nederlandse regering, aan wie sommige van uw leden tevens advies uitbrengen, en van andere polderkrachten, dan hoef ik toch niet te vrezen voor uw onafhankelijkheid ten aanzien van een simpele, misschien wat onbesuisde burger zoals ik?

Anderzijds, als uw Afdeling toch vatbaar zou zijn voor beïnvloeding door de executieve of krachten uit het "maatschappelijke middenveld", dan maakt het niet uit wat ik hier wel of niet zeg. De feiten en de kwaliteit van mijn analyse doen er dan niet toe, want in dat geval zou uw Afdeling hoe dan ook meebuigen met de echte machthebbers. Dan heb ik als rechtzoekende dus niets te verliezen.

(14) Het gaat nog steeds over proportionaliteit. Opmerkelijk was het dat één van de rechters ter zitting, zoals hierboven weergegeven, aan mij de open vraag stelde **hoe ik het dan voor me zag** als er weer een zichtkaart zou komen. Nou gewoon, dat ik weer net zo kan reizen als tot 9 juli 2014. Wilde de rechter dat ik ter zitting een exposé zou geven hoe NS dat in de toekomst zou moeten gaan inrichten? Ik werd bang om mezelf in een hoek te praten als ik iets over technische mogelijkheden zou zeggen waarvan NS dan zou kunnen zeggen: "Ha! Dat kan lekker niet!"

Waarom vroeg de rechter niet aan NS: "Als u verplicht zou worden de zichtkaart weer in te voeren, op welke manier kunt u daar dan uitvoering aan geven?" Kijk, dat was nu een vraag geweest die meer licht had kunnen werpen op de proportionaliteit van de verwerking van reisgegevens met de OV-chipkaart. De vraag van de rechter leek meer gericht op het kunnen afserven van mij.

61 Onder politici en juristen is er discussie over de vraag of beide functies van de RvS, adviseren en rechtspreken, wel goed met elkaar te verenigen zijn binnen één organisatie. De combinatie van beide taken kan immers leiden tot de situatie dat de Raad van State recht moet spreken over zaken waarover hij in een eerder stadium de regering en het parlement heeft geadviseerd. Sommigen vrezen dat deze rechtspraak dan niet meer geheel onafhankelijk zal zijn. In 2010 werd bij een herstructurering van de Wet op de Raad van State de bepaling opgenomen dat een lid van de Afdeling bestuursrechtspraak dat betrokken is geweest bij de totstandkoming van een advies van de Raad niet mag deelnemen aan de behandeling van een geschil over een rechtsvraag waarop dat advies betrekking had. Deze regel werd daarvoor in de praktijk al gehanteerd.

Om de mogelijke spanning tussen beide rollen van de Raad van State op te heffen is regelmatig gesuggereerd om deze instantie op te splitsen in twee delen. Op 26 juni 2014 bracht het kabinet een voorstel naar buiten tot aanvullende maatregelen met betrekking tot het functioneel scheiden van de adviserende en de rechtsprekende taken van de Raad van State, en overheveling van de rechtsmacht van de Centrale Raad van Beroep naar de gewone rechterlijke macht en de rechtsmacht van het College van Beroep voor het bedrijfsleven naar de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Er zijn onderling sterk uiteenlopende adviezen uitgebracht, die de regering nog bestudeert.

Bron: [https://nl.wikipedia.org/wiki/Raad_van_State_\(Nederland\)#Scheiding_tussen_de_adviserende_en_de_rechtsprekende_taken](https://nl.wikipedia.org/wiki/Raad_van_State_(Nederland)#Scheiding_tussen_de_adviserende_en_de_rechtsprekende_taken) Geraadpleegd: 25 oktober 2019.

4.8.2 Proportionaliteit en GTBV

Met betrekking tot proportionaliteit en GTBV schrijft de rechtbank in zijn uitspraak van 5 september 2019 het volgende:

10.4 Verwerker heeft zich verder op het standpunt kunnen stellen dat de inbreuk op de belangen van de bij de verwerking van persoonsgegevens betrokken persoon niet onevenredig is tot het met de verwerking te dienen doel. De rechtbank verwijst naar wat is overwogen onder 8.4 en 9.4. De gegevensverwerking voldoet aan het proportionaliteitsvereiste.

Voor de bespreking van wat door de rechtbank onder 8.4 van zijn uitspraak is overwogen, verwijs ik naar paragraaf 4.8.1 van dit hoger-beroepschrift. Voor de bespreking van wat door de rechtbank onder 9.4 van zijn uitspraak is overwogen, verwijs ik naar paragraaf 4.8.3 van dit hoger-beroepschrift.

4.8.3 Proportionaliteit en de quasi-"anonieme" OV-chipkaart (unieke pasnummers etc.)

(1) Met betrekking tot proportionaliteit en de quasi-anonieme" OV-chipkaart schrijft de rechtbank in zijn uitspraak van 5 september 2019 het volgende:

9.4 Verweerder heeft zich ook op het standpunt kunnen stellen dat de inbreuk op de belangen van de bij de verwerking van persoonsgegevens betrokken persoon niet onevenredig is in verhouding tot het met de verwerking te dienen doel. De rechtbank verwijst naar wat is overwogen onder 8.4. Daarbij is nog van belang dat bij een niet-persoonlijke OV-chipkaart die is betaald met contant geld alleen sprake is van verwerking van reisgegevens en het kaartnummer, maar niet van verwerking van overige persoonsgegevens (zoals bankrekeninggegevens). De gegevensverwerking voldoet aan het proportionaliteitsvereiste.

(2) Voor zover de rechtbank verwijst naar hetgeen onder 8.4 van zijn uitspraak is overwogen, verwijs ik naar paragraaf 4.8.1 van dit hoger-beroepschrift.

(3) Voor wat betreft de vermeende mogelijkheid om een quasi-"anonieme" OV-chipkaart met contant geld te betalen het volgende. Als het gaat om proportionaliteit, moet hier opnieuw gewezen worden op de manier waarop de rechtbank, in navolging van NS en de AP, bijdraagt aan de normalisering van het ontbreken van privacy in het openbaar vervoer, door de negen jaar lang als "anoniem" verkochte OV-chipkaart nu om te dopen in "niet-persoonlijke" OV-chipkaart. Door middel van deze *framing* wekken NS (verwerkingsverantwoordelijke), de AP (toezichthouder) en de rechtbank samen met elkaar in gezellige collusie de suggestie dat reizigers nooit hadden mogen verwachten dat ze met de OV-chipkaart met privacy konden reizen. De geschiedenis wordt door deze drie keurige actoren begraven onder de façade van een nieuwe term ("niet-persoonlijke" of "naamloze" OV-chipkaart). Daarmee wordt de geschiedenis effectief herschreven. Dit is hoe normalisering in zijn werk gaat. Het verleden wordt niet ontkend, maar weggeretoucheerd en vergeten, waardoor alle "proporties" achteraf anders lijken. De in ongenade gevallen favoriet (privacy) wordt uit de groepsfoto "weggesopt", en is er achteraf nooit geweest.

Terwijl ik dit hoger-beroepschrift schrijf, krijg ik een steeds moedelozer gevoel. Wat heeft het voor zin om met feiten en analyse te komen, als de machthebbers daar in wezen helemaal niet in geïnteresseerd zijn. Er is onder hen sprake van een groepsconsensus dat de afschaffing van privacy in het OV wenselijk is, en dus "nodig" en "proportioneel", kortom: *normaal*. Die bulldozer dendert toch wel door, gepantserd in de eigen tunnelvisie. Die laat zich niet tegenhouden door woorden van een gewone burger. En de instanties die mij en mijn privacy tegen die bulldozer zouden moeten beschermen (de AP en de rechtbank), springen er zelf op en geven nog wat extra gas...

(4) In zijn verwijzing naar "betaling met contant geld" negeert de rechtbank hier opnieuw de volgende feiten:

- Er kan in automaten alleen met muntgeld betaald worden, wat onredelijk bezwarend is als het gaat over bedragen in de orde grootte van 20 euro of meer (het bedrag voor een enkele reis Arnhem-Den Haag);
- Slechts enkele grote stations beschikken nog over "service-balies" (voorheen: loketten) waar met bankbiljetten kan worden betaald. Als gevolg van het bewuste beleid van NS is het aantal balies sterk ingekrompen en de bezetting achter die balies nog meer, waardoor er vaak wachtrijen zijn die het opladen met bankbiljetten extra bezwarend maken;
- Extra "service-kosten" bij betaling met bankbiljetten is discriminerend en onredelijk bezwarend (het gaat hier om een normaal, wettelijk betaalmiddel); bij het opladen met tien euro gaat het om een toeslag van 5% op de ritprijs. Dat is voor goed-betaalde rechters geen substantiële verhoging, maar voor gewone mensen wel, als het vaak voorkomt.

Kennelijk heeft een conglomeraat van machthebbers ("beleidsmakers") in de achterkamertjes al besloten dat niet alleen de privacy in het OV, maar ook privacy-vriendelijk contant geld geleidelijk afgeschaft ("uitgefaseerd") moet worden, en volgt de rechtbank niet de normen van redelijkheid en proportionaliteit, maar de normen van die bestuurlijke consensus. Het referentiekader voor de rechtbank is de bestuurskamer, niet de leefomgeving van gewone burgers - ondanks de taak van de bestuursrechter om burgers te beschermen in hun verhouding tot het bestuur.

(5) Met betrekking tot proportionaliteit in relatie tot de door NS en andere vervoerbedrijven gecreëerde onmogelijkheid om met enige OV-chipkaart (ongeacht of die nu "*persoonsgebonden*", "*anoniem*", "*naamloos*" of "*niet-persoonlijk*" wordt genoemd) nog met privacy te reizen, keert telkens het argument van "efficiëntie" terug. Ik ben daarop voorafgaand aan deze hoger-beroepsprocedure al vele malen ingegaan.⁶² En ook in dit beroepschrift: zie paragraaf 4.7.2, punten (7) en (8). Hier wil ik nog wijzen op de dubbele, inconsequente houding die NS aanneemt als het gaat om efficiëntie op de stations gaat.

Eenzijds vermindert NS de service-balies en de bezetting daarvan, om "kosten te besparen", maar anderzijds zet NS geüniformeerde "stewards" in, die vlak bij die balies staan maar geen toestemming hebben om balie-handelingen te verrichten, ook niet als er een balie leeg is en er wachtrijen staan. Dat is niet efficiënt - niet voor de reizigers, maar zelfs niet voor NS in zijn hoedanigheid als dienstverlener. Het feit dat NS dit toch doet, wijst erop dat NS, achter een façade van klantvriendelijkheidsretoriek, zichzelf niet primair opvat als een particulier, dienstverlenend

⁶² • reactie Jonker 16 februari 2017, par. 1.3.1 t/m 1.3.3 (pp. 8-16); • reactie Jonker 25 september 2017, par. 2.2.3.4 (p. 14); par. 2.2.3.7 (pp. 14-15); par. 2.2.4.3 en 2.2.4.4 (pp. 18-19); • bezwaarschrift UP Jonker 16 oktober 2017, par. 2.6 (serviceverlening, p. 3); • impressie Jonker 7 oktober 2019, "OV-data-jacht: op weg met *surveillance corporatism*", par. 5 (p. 8) en par. 9 (pp. 27-30).

bedrijf, maar als een bestuurlijke autoriteit die reizigersstromen reguleert. Voor die laatste opvatting is echter geen wettelijke basis. Zoals eerder opgemerkt, vervult NS geen wettelijke taak, maar is juridisch gezien een particulier bedrijf dat via een "aanbesteding" een concessie heeft verkregen op het hoofdrailnet.

Een ander voorbeeld van inefficiëntie op de stations is het bewakingspersoneel dat NS continu inzet om erop toe te zien dat reizigers niet zonder in-checken door de chipkaart-poortjes glippen. De kosten voor dit bewakingspersoneel worden hoogstwaarschijnlijk boekhoudkundig niet aan het OV-chipkaart-systeem toegeschreven - waarvan de kosten überhaupt nog niet inzichtelijk zijn gemaakt voor buitenstaanders. Of het OV-chipkaart-systeem kosten-efficiënt is, en zo ja, voor wie, is een vraag die uitgebreid, echt onafhankelijk onderzoek zou vereisen, waarbij de onderzoekers toegang zouden moeten krijgen tot de gehele financiële administratie van NS en TLS. Ook zouden bepaalde subsidiestromen en overheidsopdrachten (ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, maar ook andere overheden) wellicht onder de loep moeten worden genomen ("*Follow the money*").

In het licht van deze omstandigheden, onderbouwt NS ook in dit opzicht niet op een geloofwaardige manier dat "efficiëntie op de stations" een doelstelling is die NS werkelijk zou nastreven. Op deze manier voldoet NS als verwerkingsverantwoordelijk niet aan de verantwoordingsplicht ex art 5 lid 2 AVG, voor zover NS zich beroept op het doel van "efficiëntie" als vermeend gerechtvaardigd doel voor de verwerking van persoonlijke reisgegevens van individuele OV-reizigers.

4.9 Function creep - versus doelbinding en privacy-by-design

(1) In artikel 5 lid 1 onder b) AVG zijn de beginselen van doelbinding en verenigbaarheid (van doelen) opgenomen. Dit correspondeert met artikel 9 Wbp. De wetgever beoogt hiermee het verschijnsel *function creep* tegen te gaan. *Function creep* vindt plaats als een verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens die aanvankelijk voor een bepaald, gerechtvaardigd doel worden verwerkt, later ook voor andere, niet gerechtvaardigde doelen gaat gebruiken, of voor doelen waarvan, in strijd met het vereiste van artikel 5 lid 2 AVG, niet kan worden aangetoond dat die gerechtvaardigd zijn.

(2) Deze ontwikkeling wordt door NS op vijf manieren bevorderd:

- NS probeert OV-reizigers met aanbiedingen te verleiden om hun privacy af te staan (bijvoorbeeld met het arrangement "NS-Flex", waarin aan reizigers "gemak" wordt voorgespiegeld als zij hun reisbewegingen "van deur tot deur" laten volgen);
- NS verhult zoveel mogelijk dat er onder haar verantwoordelijkheid massaal en zonder vrijwillige instemming persoonsgegevens worden verwerkt (bijvoorbeeld met het jarenlange bedrog van de zogenaamd "anonieme" OV-chipkaart);
- NS discrimineert OV-reizigers die kiezen voor behoud van hun privacy, door ze een hogere prijs te laten betalen (met name ook in de voordeeluren), de wettelijke verplichting van GTBV niet na te komen voor reizigers die kiezen voor behoud van hun privacy, en contante betaling voor eenmalige vervoerbewijzen te bemoeilijken en duurder te maken;
- NS probeert OV-reizigers te laten wennen aan een situatie waarin zij in het OV geen privacy meer hebben;
- NS probeert het afgedwongen verlies van privacy te normaliseren, door het, in strijd met de waarheid, als noodzakelijk, fair, proportioneel en onvermijdelijk te beschrijven (NS ontkent daarbij haar eigen keuzevrijheid om af te zien van de privacy-schending).

(3) De toezichthouder (de AP) en de rechtbank, hoewel in naam onafhankelijk, hebben daarmee gecolludeerd door de argumenten van NS kritikloos over te nemen en het gedrag van NS volledig goed te keuren. Zo dragen de AP en de rechtbank bij aan de normalisering van het gedrag van NS, en aan het gedrag van talloze andere organisaties die bezig zijn zich meester te maken van de persoonsgegevens van alle Nederlanders.

(4) In de loop van de in deze casus door mij gevoerde procedures heb ik voorafgaand aan dit hoger beroep verschillende malen aandacht gevraagd voor deze *function creep* die plaatsvindt bij de verwerking van persoonlijke reisgegevens van OV-gebruikers.⁶³ Ook in dit hoger-beroepschrift heb ik aandacht besteed aan verschillende aspecten daarvan, waaronder normalisering.⁶⁴

(5) In deze paragraaf wil ik een overzicht geven van het proces van function creep zoals dat heeft plaatsgevonden in de omgang van NS met de persoonlijke reisgegevens van individuele reizigers. Naar aanleiding daarvan zal ik vervolgens het vraagstuk van *privacy by design* bespreken (gegevensbescherming door ontwerp; artikel 25 AVG).

⁶³ Zie bijv: • beroepschrift 10 september 2015, par 5.5 (p. 23-29); • bezwaarschrift 16 oktober 2017, par. 2.5 (p. 3): de AP beweert nog in 2017 ten onrechte dat er met de "anonieme" OV-chipkaart geen persoonsgegevens zouden worden verwerkt; • brief Jonker d.d. 16 maart 2019 aan de AP; • impressie Jonker d.d. 7 oktober 2019: "OV-data-jacht: op weg met *surveillance corporatism*".

⁶⁴ Zie: • paragraaf 1.7; • paragraaf 4.6.4, punten (4) en (5); • paragraaf 4.8.3, punt (3).

Function creep m.b.t. verwerking persoonlijke reisgegevens in het OV

(6) De *function creep* die NS heeft gepleegd bij de verwerking van persoonlijke (individuele) reisgegevens, omvat de volgende fasen:

- Fase 1 (2014-begin 2015): NS gaf in de door mij gevoerde procedure bij Geschillencommissie OV aan helemaal geen gegevens over de reisbewegingen van individuele OV-gebruikers te willen verwerken, maar daar bij persoonsgebonden OV-chipkaarten niet onderuit te kunnen vanwege de technische eisen die het OV-chipkaart-systeem "nu eenmaal" stelde. NS sprak in dit verband van "onnodige bijvangst" en gaf aan "niets" met deze gegevens te willen doen.⁶⁵
- Fase 2 (2015-2019): NS gaf in de door mij gevoerde handhavingprocedures bij de AP, en in de door mij gevoerde rechtszaken, aan dat de individuele reisgegevens van OV-gebruikers met persoonsgebonden OV-chipkaarten (waartoe iedereen behoorde die van NS nog toestemming had om met voordeelurenkorting te reizen) werden verwerkt ten behoeve van de "verwerkingsdoelen" die NS in zijn privacy-verklaring had opgenomen. Dit waren de volgende doelen: "klantgerichtheid en service; bedrijfscontinuïteit en groei; bedrijfsefficiëntie; goed werkgeverschap; fraudebestrijding, bijv. ten aanzien van GTBV; sociale veiligheid".⁶⁶
- Fase 3 (maart-augustus 2019): NS geeft nu pas, na de onthulling (als gevolg van een door mij gevoerde procedure) dat de "anonieme" OV-chipkaart niet anoniem is, aan het nodig te vinden ook de individuele reisgegevens van OV-gebruikers met "naamloze" OV-chipkaarten voor diezelfde verwerkingsdoelen te willen gebruiken. De zeer algemeen geformuleerde doelen "efficiëntie" en "sociale veiligheid" worden nu door NS iets nader omschreven. Bij "sociale veiligheid" heeft NS het nu bijvoorbeeld over "vermindering van het aantal incidenten met agressie in de trein". Ondertussen stelt de advocaat van NS ter zitting van de rechtbank op 20 augustus 2019: "De NS is geen datahandelaar."⁶⁷
- Fase 4 (september 2019): in een "rondetafelgesprek", georganiseerd door de vaste kamercommissie Infrastructuur en Waterstaat van de Tweede Kamer, blijkt dat NS en enkele andere vervoerbedrijven (HTM, RET, GVB) een joint venture met hun eigen dochterbedrijf TLS hebben afgesloten om de door hen in het OV verzamelde reizigersdata te gaan exploiteren.⁶⁸

Dit is een voorbeeld van function creep in de praktijk. Het gaat daarbij dus niet alleen om een wijziging van de doelen waarvoor gegevens worden verzameld, maar ook om een wijziging van de definitie van de verzameling personen van wie de betreffende gegevens worden verzameld.

65 Zie ook paragraaf 1.7 en paragraaf 3.2 (onder "*doelbinding en function creep*").

66 Zie: beroepschrift d.d. 10 september 2015, paragraaf 5.5 (pag. 23-29). Het gaat hier om de "Gedragscode verwerking persoonsgegevens OV-chipkaart door de OV-bedrijven", die ik op 7 september 2015 had gedownload van de website van KNV: www.knv.nl/multimedia/documenten/mobis_gedragscode_privacy_ov-chipkaart_2009.pdf. Op 20 oktober 2019 probeerde ik op dezelfde wijze de gedragscode opnieuw in te zien, maar werd doorgeleid naar de homepage van www.knv.nl. Gebruikmaking van de zoekfunctie aldaar, leverde met de zoekwoorden "gedragscode", "OV-chipkaart", "chipkaart" en "anoniem" geen enkel zoekresultaat op. Na doorklikken op het icoon "openbaar vervoer" en vervolgens het icoon "handige documenten", trof ik bij die documenten de gedragscode niet aan. Kennelijk beschouwt KNV die gedragscode inmiddels niet meer als "handig". Wel wordt op de site vermeld dat KNV samenwerkt met OV-NL. Maar de website van OV-NL is niet vindbaar. Het lijkt erop dat de gedragscode ofwel ergens "verstopt" is, ofwel van de aardbodem is verdwenen. Daarom heb ik het door mij bewaarde exemplaar als bijlage bij dit hoger-beroepschrift gevoegd.

67 Zittingsaantekeningen Rechtbank Gelderland, zaaknummers AWB 18/546 en AWB 18/1487, pag. 8.

68 Zie: Michiel Jonker, "OV-data-jacht: op weg met *surveillance corporatism*", 7 oktober 2019, paragraaf 8, pag. 22.

Ontbrekende toetsing van doelbinding en verenigbaarheid

Er heeft geen enkele toets van de AP of de rechter plaatsgevonden of deze stilzwijgende uitbreiding van doelen (van "niets" naar een reeks algemene doelen die zo ongeveer alle activiteiten van NS bestrijken), en de daaropvolgende verruiming van het toepassingsbereik van de "verwerkingsdoelen", wel of niet in overeenstemming zijn met de in de Wbp en de AVG opgenomen beginselen van doelbinding en verenigbaarheid.

Dat laatste is belangrijk. Want als in 2014 al bekend was geworden dat NS de individuele reisgegevens van alle OV-chipkaartgebruikers verzamelde, dan was er toen waarschijnlijk, kort na de onthullingen van Edward Snowden (2013-2014) over de massale *surveillance* door diverse geheime diensten, aanzienlijk meer maatschappelijke weerstand geweest tegen de praktijken van NS. In de periode 2014-2019 heeft gewenning en normalisering al veel van die weerstand weggenomen. Nu denken veel mensen gelaten: "Ah, ja, dus ook de anonieme OV-chipkaart is niet anoniem. Tja, we weten al een tijdje dat er helemaal niks meer anoniem is." En dan halen ze hun schouders op, of ze zeggen: "Daar doe je niks meer aan. Hou toch op met daarover te zeuren."

(7) Naar aanleiding van deze *function creep* kan uw Afdeling twee dingen doen. Ofwel u kunt uw ogen sluiten en de zaak met een vermoeid gebaar doorwuiven, terwijl u mompelt: "Een beetje *function creep* kan toch best proportioneel zijn..."

Ofwel u kunt constateren dat er een gevaarlijke ontwikkeling gaande is, waarin bedrijven en conglomeraten van bedrijven en overheden erin slagen door middel van onrechtmatige *function creep* voldongen feiten te creëren op het gebied van inbreuken op de privacy, die vervolgens door de nationale toezichthouder worden geaccepteerd, waardoor de privacy van burgers niet adequaat wordt beschermd. In dit tweede geval gaat u als hoogste Nederlandse bestuursrechtelijke rechtscollege consequenties verbinden aan de *function creep* die er in deze casus heeft plaatsgevonden.

(8) Voor dat laatste kunt u steun ontlenen aan artikel 8 EVRM en artikel 5 AVG, mits u bereid bent om de materiële strekking van die artikelen een substantiële plek te geven in uw overwegingen.

Ik begrijp heel goed dat "*business as usual*" voor Nederlandse bestuursrechters al meer dan twintig jaar betekent dat ze "niet op de stoel van de bestuurder" willen gaan zitten, dat wil zeggen: de vrijheid van bestuursorganen zo min mogelijk willen inperken. En dat vertalen Nederlandse bestuursrechters dan naar "marginale toetsing" van besluiten van bestuursorganen, waardoor die bestuursorganen in de praktijk bijna altijd hun gang kunnen gaan, ook als het niet strookt met de doelen van de wet - althans zoals de wet in abstracto aan burgers wordt gepresenteerd.

Waar ik uw Afdeling in dit hoger-beroepschrift van probeer te overtuigen, is dat het op het gebied van privacy niet langer "*business as usual*" is. Uiteindelijk is het bestuursrecht er niet om de vrijheden te waarborgen van bestuursorganen die toch al beschikken over macht, maar om de rechten en vrijheden van burgers te waarborgen die juist niet over zulke macht beschikken. Door middel van aandacht voor en een grondige interpretatie van de materiële eisen die wetten zoals het EVRM stellen, en een doorvertaling daarvan in uw interpretatie van lagere regelgeving, zoals de AVG, kunt u van het bestuursrecht weer een "schild voor de zwakken" maken, in plaats van een "knuppel waar de sterken de zwakken mee weggagen, de mond snoeren en onder de duim houden" - zoals het op dit moment in hoofdzaak functioneert.

Privacy-by-design

(9) Het tegenovergestelde van *function creep* is *privacy-by-design* (gegevensbescherming door ontwerp).⁶⁹ Adequate *privacy-by-design* heeft op zijn minst de volgende vier kenmerken:

- a) Het technische systeem waarmee de gegevens worden verwerkt, verhindert ook in de ogen van onafhankelijke, deskundige wetenschappers effectief de verspreiding van gegevens naar personen of systemen waar ze niet thuishoren;
- b) Het technische systeem waarmee de gegevens worden verwerkt, verhindert ook in de ogen van onafhankelijke, deskundige wetenschappers effectief het misbruik van de verwerkte gegevens voor doelen die niet overeenkomen met de doelen waarvoor ze verzameld zijn - en er zijn in het systeem waar nodig ook automatische controles ingebouwd om te checken of dat niet toch gebeurt;
- c) Het systeem dat ontworpen is om de gegevens te beschermen, behelst niet alleen het technische systeem (hardware en software), maar ook het organisatorische en juridische systeem eromheen (administratieve protocollen, limitering van toegangsrechten, ingebouwde controles of de gebruikers van het systeem zich aan de regels houden, sanctiemogelijkheden bij het overtreden van de regels, etc.);
- d) De verwerkingsverantwoordelijke formuleert zijn verwerkingsdoelen objectiveerbaar, specifiek en concreet, ter preventie van *function creep*.

Behoeftte aan "flexibiliteit" - maar ten behoeve van wiens belang?

(10) Nu kan ik me voorstellen dat dat laatste kenmerk bij u een gevoel van weerstand oproept, omdat u denkt: "Maar dat is toch veel te star? Zo kunnen organisaties (overheden, bedrijven) niet meer flexibel omgaan met situaties." Dat is precies waarover het bij *function creep* gaat: de wens om "flexibel" te kunnen zijn, om de handen vrij te hebben. Dat is waarom verwerkingsverantwoordelijken vaak zeer vage doelen formuleren, zoals "efficiëntie" of "optimalisering", zodat ze er "nog alle kanten mee op kunnen".

Wat de beslissers van die verwerkingsverantwoordelijken daarbij echter vergeten, is dat het niet om hun eigen data gaat, maar om de data van andere mensen, die niet vrijwillig hebben ingestemd met de verwerking daarvan voor vage, "flexibele" doelen. Dit betekent dat als het om "flexibiliteit" gaat, er vooral flexibel overlegd moet worden met de betrokkenen, voordat doelen in hun concrete geval ruim worden gesteld. Ook zouden verwerkingsverantwoordelijken bereid moeten zijn om betrokkenen verschillende opties te bieden (gradaties), zodat een betrokkene niet voor het blok wordt gezet met een keuze tussen alles of niets (zeer brede doelen en zeer ruime verspreiding van zeer grote gegevensverzamelingen, of juist helemaal geen verwerking).⁷⁰

(11) De *function creep* die de afgelopen tien jaar op grote schaal heeft plaatsgevonden bij allerlei soorten gegevensverwerking, maakt duidelijk dat een adequate bescherming van de privé-sfeer van mensen, zoals vereist door artikel 8 EVRM, in alle gevallen *privacy-by-design* vereist. Dat is de manier waarop uw Afdeling artikel 8 EVRM zou kunnen en moeten interpreteren en doorvertalen in uw jurisprudentie.

⁶⁹ Art. 25 AVG en overweging (78) AVG.

⁷⁰ Dit probleem doet zich bijvoorbeeld voor bij patiëntendossiers, waar betrokkenen vaak niet in de gelegenheid worden gesteld om een geïnformeerde keuze te maken als het gaat om hun toestemming welke medische gegevens er met welke medische personen of instanties worden gedeeld. Van hogerhand vindt men die keuzevrijheid voor patiënten kennelijk "lastig", waardoor er in de wetgeving niet in is voorzien.

4.10 Toekomstplannen (NL en EU) - waarom andere regelgeving niet genoeg is

4.10.1 Een brief aan Shoshana Zuboff - de AVG (GDPR) en de EU dreigen te falen

(1) Op 21 april 2019 stuurde ik de volgende brief naar hoogleraar Shoshana Zuboff:

Subject: Question from a European activist - practical ways to defend and develop privacy

Dear Ms Zuboff,

--- Introduction ---

Many thanks for your book “The Age of Surveillance Capitalism”, which I read in January/February of this year. I have referred to it in several legal procedures concerning privacy.

I am a Dutch privacy activist and have been conducting legal procedures to defend my privacy since 2014. I focus on down-to-earth issues like my right to deposit my household garbage without being surveilled, or my right to make trips with public transport without my personal movements being followed and registered. My aim is to claim recognition of, and respect for a small private sanctuary (as you call it in your book), a sphere of private life, as a first base that can be used to reclaim more privacy later on. I try to (re)establish certain basic norms, a basic logic, and to promote consciousness of the importance and viability of these norms, also in the age of information technology that is used and perverted by powerful, (crypto)authoritarian entrepreneurs, politicians and bureaucrats who want to put everybody under constant surveillance. I try to achieve this by means of the establishment of legal precedents and the use of legal procedures for communication about privacy.

The Dutch NGO “Privacy First” supports my actions and helps me to gain the attention of media. See for instance: <https://www.liberties.eu/en/news/ns-privacy-fight-passenger-privacy/15444>

--- Forced consent ---

The concept of “forced consent” has been central to several cases that I am conducting. This concept can also be formulated as “privacy discrimination”: the discrimination of people who choose to retain their privacy, in the form of a refusal to provide (full) services or products to those people. It is a form of “nudging”.

As you have described in your book, this kind of forced consent is widespread. As a citizen, I encounter it in my contacts with governmental organisations (e.g. the municipality of my home town), commercial companies (e.g. the Dutch railways) and (quasi) NGO’s (e.g. cultural organisations). In combination with my knowledge of Dutch administrative law, this has given me the possibility to defend my rights by lodging complaints with the Dutch data protection authority (Autoriteit Persoonsgegevens), and by bringing the DPA to court when it refused to investigate or take action. I have won a number of court cases, which forced

the DPA in one case to enforce privacy regulation (even though it tries to backtrack again), and in another case to start to investigate my complaints seriously (main case is still pending).

--- Non-digital infrastructure as a vital part of digital rights ---

Central to my view on privacy is the idea that “digital rights” should include the right NOT to hand over personal data in digital form to organisations if there is no necessity to do that. In one court case, the Dutch DPA advanced the idea that “digitalisation is a given”, in an effort to get permission to ignore the implications of the European subsidiarity principle with regard to non-digital alternatives for the collection of certain personal data for certain purposes. I responded that digital systems should be regarded as instruments that can be used legally only within the boundaries of the law, including privacy regulation. This is in accordance with other important principles: “data minimisation” (“need to know” - as meant in articles 5 and 6 GDPR) and “privacy by design”.

I am convinced that the only way to defend digital rights effectively, is to retain the alternative of non-digital (or pre-digital) modes of life as a frame of reference that shows what is possible and what should be aimed at (as a norm for privacy). Such a frame of reference can only retain its influence if citizens retain their right to non-digital alternatives in cases where there exists no digital alternative that respects privacy in equal measure. Moreover, I think that maintaining an alternative, non-digital knowledge infrastructure is also necessary for security reasons (both for democratic states and for private companies and citizens) - for instance to curb the risk of sudden, disastrous meddling with elections, to maintain the conditions that investigative journalists need to be able to do their important work (like the possibility to travel physically without being followed continuously by governmental authorities or large private companies), and to curb the risk of the theft of knowledge from companies.

An important part of non-digital infrastructure is, in my opinion, the infrastructure that enables people to buy things with cash, without the transactions being monitored digitally. For this reason, I have started several cases in which I defend my right as a citizen to pay for certain vital services and products (public transport, participation in culture, books) with cash. For reasons that are not yet completely clear to me, the Dutch national bank seems to agree with the idea that such an infrastructure should be retained. In January of this year, all Dutch political parties have emphasised that they want to retain the infrastructure for cash payments.

--- Impending failure of GDPR ---

During the past five years, I have been confronted with the fact that the Dutch data protection authority does not help or protect me, but aids the violators of privacy. After 25 May 2018, when GDPR became enforceable, I hoped that the attitude of the DPA would improve. So far, this has not happened. In one ongoing and three new cases, I have observed that the Dutch DPA continues to try to find new ways to avoid doing its job, disregarding its legal obligations. In one other European country, I have a similar experience with the DPA over there, but that case is still in an early (although protracted) stage.

I have contacted Noyb (mentioned in your book), but did not experience enough common ground to be hopeful about mutual cooperation. Noyb would like me to feed it with useful information, but does not offer anything substantial in return. I have learnt through the years that I have to protect my personal energy economy. If I only give, without thinking about a balance of giving and taking, there will not be a good balance.

In view of the attitude of the DPA's I have been in contact with, and in view of the fragmentation of European NGO's in the field of privacy, I am not very hopeful that GDPR will enable privacy activists to roll back the massive violation of privacy that has already become very usual and is now the default expectation of almost all people (if they bother to "expect" anything).

In itself, GDPR offers an adequate base to protect many aspects of privacy, but it all depends on the way in which nominally "independent" DPA's interpret and implement this law. The Dutch DPA has basically adopted the attitude that if organisations wish to collect data, it means that this collection is also "necessary". The DPA refuses to test in any serious way whether the aims of organisations are justified, seen from the perspective of GDPR and the European Convention on Human Rights (ECHR). On the other hand, the DPA goes out of its way to find excuses for the processing of data without the consent of the data-subject, even if the DPA has to fantasize non-existing circumstances in order to find such excuses.

This puts me, as a citizen who wants to protect my privacy, in the position that I have to fight a long, exhausting legal battle in every single case. Even if the courts vindicate my position in the end, the sheer effort and tenacity that the opposition of the DPA requires, will defeat me in the end. I am very capable in this field. There are not many people with my set of integrated skills in the Netherlands (moral drive, broad vision, knowledge of administrative law, analytical skills, communicative skills, guts, stamina), so if I cannot keep it up, very few people can. This is a crucial time, a window of opportunity, in which European DPA's can set examples, if they have the will and the courage to do so. On the other hand, if they create the wrong precedents, GDPR will be quickly reduced to just another layer of windowdressing.

--- A signal and a question ---

I do not know what kind of follow-up you want to give to your book. However, assuming that you are willing to be a focal point for up-to-date knowledge and know-how for some time to come, I want to give you this signal about the grave risk posed by the attitude of (some?) European DPA's. I very much doubt that the Dutch DPA lives up to its formal, independent role as a national DPA of an EU member state. If many DPA's continue like this, GDPR will fail.

I would also like to ask you a question. Could you recommend people, or introduce me to people, whom it might be worth while for me to contact, in order to learn from them and to find ways of combining knowledge and know-how, in order to be able to defend and develop privacy effectively?

If you want more information about my approach so far, I am very willing to answer additional questions.

Thank you again for your great book!

Yours sincerely,

(2) Op deze brief, verstuurd per email, kreeg ik geen reactie. Maar op 26 oktober, terwijl ik bezig was met het schrijven van paragraaf 4.8 van dit hoger-beroepschrift, kreeg ik een attenderingsmailtje over een uitzending van het televisieprogramma *Tegenlicht* van de VPRO op 27 oktober 2019, met als onderwerp: "Bescherm jezelf tegen datarroof". Hierin zou Zuboff aan het woord komen. In het introductietekstje schreven de programmamakers:

Harvard-hoogleraar Shoshana Zuboff luidt de noodklok: ze schreef een monumentaal boek over hoe de grootste techbedrijven met onze data omgaan: *The Age of Surveillance Capitalism*. Aanstaaende zondag waarschuwt ze ons in 'De grote datarroof', 21.00 uur op NPO 2.

Dataroof is een van de grootste kwesties van deze tijd. Juist om die reden een special volledig gewijd aan data, data, data. VPRO *Tegenlicht* volgt de ontwikkelingen rond dit onderwerp al meer dan vijftien jaar, en lijkt er voorlopig nog niet van af te zijn...

Om ons te beschermen tegen datarroof van grote techbedrijven hebben we betere regels nodig. In Europa kennen we al de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), maar die biedt burgers niet voldoende bescherming tegen zogenoemde restdata, data die je ongemerkt weggeeft.

Het wachten is dus op verbeterde Europese regelgeving, want een collectief probleem heeft een collectieve oplossing nodig, zegt ook Zuboff.

(3) Mooi! Dit was waarop ik had gehoopt. Want in de tussentijd tussen mijn brief aan de hoogleraar en dit hoger-beroepschrift was ik niet optimistischer geworden. Zowel in Nederland als in Europa lijken regeringen en grote bedrijven aan te sturen op een nog verdere afschaffing van privacy, met name ook in het OV. Voor wat betreft Nederland had ik dat opgemaakt uit het door de Tweede Kamer georganiseerde "rondetafelgesprek" over "Toegang tot OV-data", waaraan ik op 10 september 2019 namens Stichting Privacy First heb deelgenomen. Zie voor mijn analyse daarvan: "OV-data-jacht: op weg met *surveillance corporatism*" (bijgevoegd als bijlage).

(4) Voor wat betreft Europese ontwikkelingen met betrekking tot privacy in het OV, was ik op 7 augustus 2019 onaangenaam verrast door een krantenartikel in *The Guardian* over uitgelekte standpunten van regeringen van EU-lidstaten over privacy in het OV. Daaruit bleek dat er in de achterkamertjes van de EU al wordt aangestuurd op Europese wetgeving om de persoonlijke reisbewegingen van alle OV-gebruikers overal te gaan registreren: niet alleen in het vliegverkeer, zoals nu al het geval is (PNR-regelgeving), maar straks ook in de trein, de bus, en op veerponten.⁷¹

⁷¹ <https://www.theguardian.com/world/2019/aug/07/eu-may-expand-collection-of-air-passenger-data-to-rail-and-road-users>

4.10.2 Waarom andere regelgeving wel nodig is, maar niet voldoende

(1) Uit de in paragraaf 4.10.1 beschreven signalen vallen in eerste instantie drie dingen af te leiden:

- De privacy in het OV wordt ook nu, na de inwerkingtreding van de AVG (GDPR), in de praktijk niet goed beschermd;
- Mensen die het goed voor hebben met privacy, pleiten voor een verandering van de huidige regelgeving om tot een betere privacy-bescherming te komen, terwijl ondertussen regeringen van EU-lidstaten juist de privacy in het OV volledig willen afschaffen;
- Hiermee is de aanzet gegeven voor een politiek gevecht, in enige vorm, over toekomstige Europese regelgeving op het gebied van privacy, inclusief privacy in het OV. In dat gevecht staan straks aan de ene kant kleine, gefragmenteerde, nauwelijks gefinancierde privacy- en burgerrechten-NGO's, een aantal vooraanstaande wetenschappers en sommige media. Aan de andere kant staan goed-gefinancierde ministeries, ambtenarenapparaten en invloedrijke lobby's uit het bedrijfsleven, die de middelen hebben om enorme propagandamiddelen in te zetten.

Dat ziet er op het eerste gezicht niet zo best uit voor de privacy in Europa - terwijl de EU op dit moment, vanwege het disfunctionerende federale bestuur in de Verenigde Staten, het enige grote bastion in de wereld is met perspectief op effectieve bescherming van privacy.

(2) Mijn standpunt ten aanzien van Europese privacy-regelgeving is als volgt. Enerzijds ben ik het eens met degenen die het nodig achten om in de EU nieuwe regelgeving in te voeren die de privacy in de praktijk meer bescherming biedt dan de AVG (GDPR) op dit moment doet. Zuboff legt in dat verband terecht nadruk op het probleem van de "*shadow game*", waarin omwille van heimelijke doelen "restdata" heimelijk worden verwerkt en gebruikt om ons gedrag te voorspellen en te sturen. Ze wijst terecht op de beperkingen van denken in termen van "eigendom van data", de gedachtegang die sterk vertegenwoordigd is in de opzet van de AVG.

Anderzijds hebben we al een wet waarin niet het eigendom van "data" centraal staat, maar de bescherming van de privé-sfeer. Die wet is het EVRM. En dat is nota bene een wet op het allerhoogste niveau, namelijk die van een internationaal verdrag, waaraan in Nederland alle wetten en besluiten moeten worden getoetst.

De oorzaak voor het gebrek aan bescherming dat de AVG in de praktijk biedt, is uiteindelijk niet gelegen in de tekst van die wet (verordening) zelf, maar in de manier waarop rechters die interpreteren, en daarbij artikel 8 EVRM veronachtzamen. Overal ter wereld, en ook in Europa en Nederland, hebben verreweg de meeste rechters de neiging om, ondanks hun formele onafhankelijkheid, in hun denken, oordelen en spreken mee te buigen met de wensen van vigerende machthebbers. In dat opzicht onderscheiden rechters zich niet van andere mensen. Verreweg de meeste mensen denken, oordelen en spreken niet onafhankelijk. Daarom gaat het in de wereld zoals het gaat.

Het is prima mogelijk om de AVG, in overeenstemming met het EVRM, op zo'n manier te interpreteren dat privacy wèl serieuze, effectieve bescherming krijgt. Dat vereist alleen een beetje onafhankelijkheid en moed in het denken en spreken van rechters.

Maar vanwege die o zo menselijke neiging om te buigen voor machthebbers, is het in de praktijk nodig om ook in lagere wetgeving een specifiekere, striktere en meer uitgebreide bescherming van privacy vast te leggen, als steun in de rug voor rechters en toezichthouders. Maar gezien diezelfde menselijke neiging zal zo'n vastlegging op zichzelf nooit voldoende zijn. Er is ook een verandering nodig van cultuur, attitude en geïnternaliseerde normen bij rechters en toezichthouders. Want als dat laatste niet gebeurt, zullen rechters en toezichthouders ook na de invoering van striktere wetgeving toch weer manieren zoeken en vinden om met machthebbers mee te kunnen buigen, ten koste van de grondrechten van burgers. De redeneringen die ze bedenken, zullen dan nog langer en kronkeliger worden, de retoriek nog gladder...

(3) De essentie van dit probleem wordt mooi verwoord door de schrijver Liu Cixin:

Is het mogelijk dat de relatie tussen de mensheid en het kwaad vergelijkbaar is met de relatie tussen de oceaan en een ijsberg die aan het oppervlak daarvan drijft? De oceaan en de ijsberg zijn gemaakt van hetzelfde materiaal. Dat het lijkt alsof de ijsberg apart is, komt alleen doordat hij een andere vorm heeft. In werkelijkheid is hij slechts een deel van de uitgestrekte oceaan... Het was onmogelijk om een moreel reveil te verwachten van de mensheid zelf, net zo goed als het onmogelijk was om van mensen te verwachten dat ze zichzelf optilden boven de aarde door zichzelf aan hun eigen haren omhoog te trekken. Voor het realiseren van een moreel reveil was een kracht nodig, afkomstig van buiten het menselijke ras.⁷²

Ik hoop natuurlijk dat uw Afdeling ten aanzien van dit hoger-beroepschrift meer warmte zal tonen dan een ijsberg. En dat u zich daarbij niet laat hinderen door de kritische lading van mijn betoog.

(4) Maar mocht het uw Afdeling vooralsnog niet lukken om te voorschijn te komen uit het ijsskoude corset van abstract formalisme en extreme terughoudendheid dat zo kenmerkend is voor het Nederlandse bestuursrecht, dan zal ik proberen uw Afdeling via de wetgever een beetje op te warmen. En om de wetgever op te warmen, is het nodig ook de publieke opinie een beetje op te warmen. Daarom zal ik de tekst van dit beroepschrift meteen na indiening zoveel mogelijk publiek maken, als bijdrage aan de maatschappelijke discussie over privacy, inclusief privacy in het OV.

4.10.3 Een aanzet voor "warme" rechtspraak ten aanzien van privacy in het OV

(1) De in voorbereiding zijnde plannen in Nederland en andere EU-lidstaten zijn erop gericht om de rechtsbescherming die Europese burgers op dit moment in naam hebben met betrekking tot hun privacy in het openbaar vervoer, af te schaffen. Daarvoor is nieuwe wetgeving op Europees niveau vereist, omdat de huidige Europese regelgeving een dergelijke aantasting van de privacy verbiedt. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het arrest van het Europese Hof van Justitie (ECJ) op 6 oktober 2015 in de zaak-Schrems versus Data Protection Commissioner, beter bekend als de "Safe Harbor"-zaak (2015), waarmee de roof van persoonsgegevens door Facebook (gedoogd door de Europese Commissie, die aan de VS ten onrechte de status van "safe harbor" toekende) werd tegengegaan.

(2) Het is op zichzelf hoopgevend dat regeringen in veel EU-lidstaten stiekem wel begrijpen dat de huidige regelgeving (de AVG) eigenlijk niet toestaat dat de privacy van OV-gebruikers grootschalig

⁷² Liu Cixin, *San Ti* (The Three-Body Problem), in het Engels vertaald door Ken Liu, Head of Zeus Ltd., 2016 (paperback-editie), p. 24. Nederlandse vertaling van dit citaat is van mij.

wordt geschonden - zoals in Nederland al sinds 2008 gebeurt, aanvankelijk heimelijk, maar stapsgewijs steeds openlijker. Op dat punt ben ik het dus eens met het standpunt dat die regeringen van EU-lidstaten impliciet innemen. Ik ben het alleen niet eens met hun poging om hun eigen standpunt te verdoezelen totdat ze door middel van nieuwe wetgeving iets geregeld hebben (namelijk: legalisering van de privacy-schending) waardoor dat standpunt geen consequenties meer zou hebben voor hun handelen.

In deze laatste paragraaf voorafgaand aan de conclusie van dit hoger-beroepschrift, wil ik graag een eerste suggestie doen hoe een gezonde interpretatie van de huidige regelgeving (EVRM en AVG) er in aanzet uit zou kunnen zien. Dat zou je een "warme" interpretatie kunnen noemen.

(3) In mijn aanvullende brief van 7 oktober 2015 aan de rechtbank in de eerste beroepsprocedure in de thans voorliggende casus, wees ik op de implicaties van de uitspraak m.b.t. de zaak-Schrems van het Europese Hof voor mijn handhavingsverzoek tegen de privacy-schending door NS:

[Begin citaat:] Op 6 oktober 2015 heeft het Europese Hof van Justitie uitspraak gedaan in een andere zaak m.b.t. een handhavingsverzoek inzake privacy. Dit naar aanleiding van een verzoek van het Ierse hooggerechtshof (High Court) om een prejudiciële uitspraak van het Europese Hof inzake de wijze waarop Facebook (gevestigd in Ierland) omgaat met de persoonsgegevens van de Oostenrijker Maximilian Schrems. Facebook transporteert de persoonsgegevens van Europese klanten, zoals Schrems, routinematig naar servers in de Verenigde Staten. De VS kunnen volgens Schrems sinds de onthullingen van Edward Snowden over spionage door de NSA en andere overheidsinstellingen niet langer beschouwd worden als een "veilige haven" (Safe Harbour) voor het bewaren van persoonsgegevens. Schrems had de Ierse handhavingsautoriteit op het gebied van persoonsgegevens (de Data Protection Commissioner, d.w.z. de Ierse equivalent van het CBP) verzocht om Facebook ertoe te bewegen Schrems' persoonsgegevens niet langer naar servers in de Verenigde Staten te sturen. De Data Protection Commission had geweigerd handhavend op te treden. Tegen deze weigering van de Data Protection Commissioner was Schrems in beroep gegaan bij de High Court. (...)

Het Europese Hof van Justitie heeft in zijn prejudiciële arrest inzake Schrems/Data Protection Commissioner een aantal dingen gezegd die mijn beroep bij de Rechtbank Gelderland tegen de weigering van het College Bescherming Persoonsgegevens ondersteunen.

- Volledige en effectieve bescherming van grondrecht op privacy is vereist

Het Europese Hof heeft nog eens het doel van Europese regelgeving met betrekking tot bescherming van persoonsgegevens benadrukt in de punten 38 en 39 van zijn arrest:

38 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat richtlijn 95/46, doordat zij een regeling treft in verband met de verwerking van persoonsgegevens die afbreuk kan doen aan de fundamentele vrijheden, en inzonderheid aan het recht op eerbiediging van het privéleven, noodzakelijkerwijs moet worden uitgelegd op basis van de grondrechten die door het Handvest worden gewaarborgd (zie arresten Österreichischer Rundfunk e.a., C-465/00, C-138/01 en C-139/01, EU:C:2003:294,

punt 68; Google Spain en Google, C-131/12, EU:C:2014:317, punt 68, en Ryneš, C-212/13, EU:C:2014:2428, punt 29).

39 Uit artikel 1 en de overwegingen 2 en 10 van richtlijn 95/46 volgt dat deze richtlijn niet alleen beoogt een doeltreffende en volledige bescherming van de grondrechten en fundamentele vrijheden van natuurlijke personen, en met name het grondrecht op eerbiediging van het privéleven, bij de verwerking van persoonsgegevens te waarborgen, maar ook een hoog niveau van bescherming van die grondrechten en fundamentele vrijheden. Het belang van zowel het grondrecht op eerbiediging van het privéleven, zoals gewaarborgd door artikel 7 van het Handvest, als het grondrecht op de bescherming van persoonsgegevens, zoals gewaarborgd door artikel 8 daarvan, is in de rechtspraak van het Hof benadrukt (zie arresten Rijkeboer, C-553/07, EU:C:2009:293, punt 47; Digital Rights Ireland e.a., C-293/12 en C-594/12, EU:C:2014:238, punt 53, en Google Spain en Google, C-131/12, EU:C:2014:317, punten, 53, 66 en 74 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
[onderstrepingen door mij]

Hieruit vallen twee dingen af te leiden:

(1) Ook de bescherming van persoonsgegevens van Europese burgers in relatie tot het reizen per trein moet “doeltreffend en volledig” zijn. Dit betekent onder andere dat Europese burgers die per trein reizen met behoud van privacy, niet op die grond (privacy) gediscrimineerd mogen worden ten opzichte van reizigers die zonder privacy of met minder privacy reizen. Immers, een “volledige” bescherming van een grondrecht betekent dat het behoud van dit grondrecht geen nadeel met zich meebrengt in de vorm van een ongelijke, nadelige behandeling. Als het behoud van het grondrecht op privacy wel zo’n nadeel met zich meebrengt, is de bescherming ervan niet volledig, en ook niet “doeltreffend”, omdat veel mensen zich dan gedwongen zullen voelen te berusten in de schending van hun privacy om aan een nadelige behandeling te ontkomen.

(2) Met “een hoog niveau van bescherming” doelt het Europese Hof op een hoog niveau van rechtsbescherming, hetgeen ook effectieve handhaving veronderstelt.

- Volledige onafhankelijkheid van het CBP is vereist

Het Europese Hof benadrukt in zijn arrest ook het belang van volledige onafhankelijkheid van de handhavende instanties bij de bescherming van persoonsgegevens:

40 Aangaande de bevoegdheden waarover de nationale toezichthouders ten aanzien van de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen beschikken, moet erop worden gewezen dat artikel 28, lid 1, van richtlijn 95/46 de lidstaten ertoe verplicht om een of meer autoriteiten in te stellen die worden belast met het toezicht, in volledige onafhankelijkheid, op de naleving van de regels van de Unie op het gebied van de bescherming van natuurlijke personen bij de verwerking van dergelijke gegevens. Dit vereiste vloeit tevens uit het primaire Unierecht voort, met name uit artikel 8, lid 3, van het Handvest en artikel 16, lid 2, VWEU (zie in die zin

arresten Commissie/Oostenrijk, C-614/10, EU:C:2012:631, punt 36, en Commissie/Hongarije, C-288/12, EU:C:2014:237, punt 47).

41 De waarborg van onafhankelijkheid van de nationale toezichhoudende autoriteiten beoogt de doeltreffendheid en de betrouwbaarheid van het toezicht op de naleving van de bepalingen inzake de bescherming van natuurlijke personen bij de verwerking van persoonsgegevens te verzekeren en moet tegen de achtergrond van deze doelstelling worden uitgelegd. Deze waarborg moet zorgen voor een betere bescherming van de personen en instanties waarop de beslissingen van deze autoriteiten betrekking hebben. Zoals erop is gewezen in overweging 62 van richtlijn 95/46 is de instelling van onafhankelijke toezichhoudende autoriteiten in de lidstaten dus van wezenlijk belang voor de eerbiediging van de bescherming van personen bij de verwerking van persoonsgegevens (zie arresten Commissie/Duitsland, C-518/07, EU:C:2010:125, punt 25, en Commissie/Hongarije C-288/12, EU:C:2014:237, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Het CBP had zich als onafhankelijke toezichhouder in zijn besluit op bezwaar alleen mogen baseren op geldende internationale verdragen (EVRM etc.), nationale wetgeving (bijv. Awb, Wbp), Europese en Nederlandse jurisprudentie en de feitelijke omstandigheden van het concrete geval.

Dit betekent dat, nu het CBP zich naar aanleiding van het door mij ingediende handhavingsverzoek beroept op een uitspraak van een voormalige staatssecretaris in 2009 (met andere woorden: een uitspraak namens de Nederlandse regering, d.w.z. de executieve), het CBP er op die manier blijk van geeft zijn plicht tot een onafhankelijke beoordeling van mijn handhavingsverzoek niet na te leven.

Het besluit van het CBP op mijn bezwaar kan alleen al daarom niet geacht worden in de door Europese regelgeving en jurisprudentie vereiste onafhankelijkheid te zijn genomen. Dat is op zichzelf al een reden waarom het besluit moet worden vernietigd.

- Passend beschermingsniveau: wettelijk kader heeft prioriteit boven handel

Uit het arrest van het Europese Hof blijkt dat ik in mijn beroepschrift terecht heb aangevoerd dat een wens van een commercieel bedrijf (NS) voor het CBP geen rechtsgeldige grond vormt om af te zien van onderzoek of handhaving. Met andere woorden: het Europese Hof herbevestigt (eigenlijk helemaal niet verrassend) dat waar het gaat om het grondrecht op de bescherming van persoonsgegevens in relatie tot wensen, doelen en beslissingen van commerciële bedrijven, het primaat bij de wet ligt.

De context waarin het Europese Hof dit bevestigt, is er één van internationale handel, waar het doorgeven van persoonsgegevens naar landen buiten Europa aan de orde is: (...).

Uit deze overwegingen van het Europese Hof kunnen echter ook conclusies worden getrokken ten aanzien van het verzamelen van persoonsgegevens door binnenlandse bedrijven, bijvoorbeeld NS. Ook voor het verzamelen van persoonsgegevens door binnenlandse bedrijven geldt dat er sprake moet zijn van een passend beschermingsniveau

in relatie tot de aard van de verzamelde gegevens. In Nederland is destijds door de wetgever terecht geconcludeerd dat het beschermingsniveau dat door een gepersonaliseerde (“persoonsgebonden”) OV-chipkaart wordt geboden, onvoldoende is in het licht van Europese en Nederlandse grondrechten en regelgeving. Om die reden wordt er in Nederland aan treinreizigers ook de mogelijkheid geboden gebruik te maken van een “anonieme” OV-chipkaart die niet gekoppeld is aan gegevens met betrekking tot zijn persoonlijke identiteit (waarbij elke kaart echter wel is voorzien van een uniek nummer).

Op deze wijze kan Nederland in beginsel voldoen aan de Europese eisen met betrekking tot het waarborgen van het grondrecht op privacy, ook voor treinreizigers, mits gebruikers van een “anonieme” OV-chipkaart niet op enige wijze benadeeld worden ten opzichte van gebruikers van een gepersonaliseerde OV-chipkaart.

In mijn aan het CBP gerichte handhavingsverzoek en bezwaarschrift, heb ik aangetoond dat ik als gebruiker van een “anonieme” OV-chipkaart helaas wel degelijk structureel benadeeld word ten opzichte van reizigers die berusten in het verlies van hun privacy. Op die manier heb ik aannemelijk gemaakt dat mijn privacy door NS wordt geschaad en dat er door NS niet voldaan wordt aan Nederlandse en Europese regelgeving.

Het CBP beweert in zijn besluit op bezwaar niet expliciet dat het wettelijk kader ondergeschikt zou moeten worden gemaakt aan wensen van de regering en de wensen van NS als commercieel bedrijf, maar suggereert dit wel door die wensen in zijn besluit op bezwaar aan te voeren als overwegingen die mede ten grondslag liggen aan het besluit van het CBP om de schending van mijn privacy toe te staan, en die zelfs niet eens te onderzoeken. Ik verzoek de rechtbank om het CBP te vragen naar een expliciete stellingname op dit punt.

- Bevoegdheid en plicht van het CBP om te onderzoeken en waar nodig te handhaven

In de punten 51 t/m 58 van zijn arrest geeft het Europese Hof aan hoe nationale toezicht-houdende autoriteiten zich moeten verhouden tot richtlijnen van de executieve. In het geval van de door het Hof behandelde casus, gaat het om de Europese Commissie als executieve en om de Ierse toezichthouder op de bescherming van persoonsgegevens: de Data Protection Commissioner. Maar het arrest geldt evenzeer voor het CBP als Nederlandse toezichthouder.

Ik zal eerst de betreffende punten van het arrest citeren en ze daarna bespreken:

(...) 57 (...). Zelfs in het geval van een beschikking van de Commissie krachtens artikel 25, lid 6, van de richtlijn, zijn de nationale toezichthoudende autoriteiten waartoe een persoon zich heeft gewend met een verzoek met betrekking tot de bescherming van zijn rechten en vrijheden in verband met de verwerking van op hem betrekking hebbende persoonsgegevens, verplicht om in volledige onafhankelijkheid te onderzoeken of de doorgifte van die gegevens in overeenstemming is met de vereisten van die richtlijn. (...)

Uit deze overwegingen van het Europese Hof blijkt dat, zelfs als de Europese Commissie of de Nederlandse regering een beschikking zou hebben uitgevaardigd met de strekking dat

“een ongelijke, nadelige behandeling van een treinreiziger met een anonieme OV-chipkaart moet worden uitgevoerd en toegestaan is op grond van Europese of Nederlandse regelgeving”, het CBP, in zijn hoedanigheid als nationale toezichthoudende autoriteit waartoe ik mij als persoon heb gewend, dan nog steeds bevoegd èn verplicht zou zijn “om in volledige onafhankelijkheid te onderzoeken” of de wijze waarop ik behandeld word, in overeenstemming zou zijn met die beschikking.

Nu er echter niet eens zo’n beschikking door de Europese Commissie of de Nederlandse regering is getroffen, maar er alleen door een Nederlandse staatssecretaris in 2009 summier enkele kamervragen over dit onderwerp zijn beantwoord (zie mijn beroepschrift d.d. 10 september 2015), is er voor het CBP al helemaal geen beletsel om naar aanleiding van mijn handhavingsverzoek en de door mij verschaft informatie de zaak te onderzoeken en indien daaruit blijkt dat de wet wordt overtreden, tot handhaving over te gaan.

In mijn beroepschrift d.d. 10 september 2015 heb ik er, met argumenten ter onderbouwing, op gewezen dat de weigering van het CBP om zich als toezichthouder daadwerkelijk onafhankelijk van het Nederlandse bestuur op te stellen, gezien moet worden als een vorm van corruptie, die helaas veel voorkomt onder in naam “onafhankelijke” Nederlandse toezichthouders. In dit verband is ook punt 103 van het arrest van het Europese Hof relevant:

103 De uitvoerende bevoegdheid die de Uniewetgever aan de Commissie heeft toegekend bij artikel 25, lid 6, van richtlijn 95/46, verleent die instelling niet de bevoegdheid om de in het vorige punt bedoelde bevoegdheden van de nationale toezichthoudende autoriteiten in te perken.

Het ligt voor de hand dat op nationaal niveau de instelling die de bevoegdheid heeft wetten uit te voeren, oftewel (in de thans voorliggende casus) de Nederlandse regering, evenmin bevoegd is om de bevoegdheden van de nationale toezichthouder (het CBP) in te perken. Toch lijkt dat informeel wel gebeurd te zijn. En dat terwijl de taken en bevoegdheden van het CBP in essentie gebaseerd zijn op Europese verdragen die zelfs boven Nederlandse wetgeving gaan.

- Alleen verwerking van persoonsgegevens toegestaan indien ECHT noodzakelijk

Het arrest van het Europese Hof bevestigt, in punt 92, ook dat persoonsgegevens alleen mogen worden verwerkt indien dat ECHT noodzakelijk is:

92 Voorts, en bovenal, vereist de bescherming van het grondrecht op eerbiediging van het privéleven op het niveau van de Unie dat de uitzonderingen op de bescherming van persoonsgegevens en de beperkingen ervan binnen de grenzen van het strikt noodzakelijke blijven (arrest Digital Rights Ireland e.a., C-293/12 en C-594/12, EU:C:2014:238, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Als het gaat om mijn reisgegevens (tijdstippen en plaatsen waarop ik met een OV-chipkaart incheck en uitcheck), is de verwerking van die gegevens niet noodzakelijk. In mijn beroepschrift d.d. 10 september 2015 heb ik in paragrafen 5.1 t/m 5.6 (pp. 13-38)

aangegeven waarom van de door het CBP aangevoerde argumenten of suggesties waarom er van "noodzakelijkheid" sprake zou zijn, er geen enkele steekhoudend is. (...)

Ik verzoek de Rechtbank de implicaties van het arrest van het Europese Hof van Justitie inzake Schrems/Data Protection Commissioner te betrekking bij de behandeling van mijn beroepschrift. [Einde citaat.]⁷³

Het Safe-Harbor-arrest (zaak-Schrems) zette kracht bij aan het streven van de Europese Unie naar de totstandkoming van de AVG, mede omdat het aanschouwelijk maakte dat striktere privacy-regelgeving, en vooral meer uitgebreide handhavingsbevoegdheden, de positie van de EU en het bedrijfsleven in de EU kan versterken ten opzichte van data-giganten zoals Facebook en Google. Los van dat politiek-economische aspect, kunnen (mede) aan de hand van dit arrest twee conclusies worden getrokken:

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

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

Tweede conclusie: preventie normvervaging vereist jurisprudentie van uw Afdeling

(5) Toch is er voor de EU wel degelijk een mogelijkheid om zelfs zonder nieuwe wetgeving en zonder een nieuwe uitspraak van het Europese Hof de werkingskracht van het Safe-Harbor-arrest uit te schakelen. Dat kan door aan de woorden "hoog, doeltreffend en volledig beschermingsniveau" stilzwijgend een nieuwe, minder veeleisende inhoud te geven.⁷⁴ De norm van wat als zo'n beschermingsniveau beschouwd moet worden, kan stilzwijgend naar beneden worden verschoven, in de praktijk, in het toezicht op die praktijk, en uiteindelijk ook in de rechtspraak ten aanzien van dat toezicht. Dat is de normalisering waar ik het dit hoger-beroepschrift over had toen ik schreef:

De vraag is niet of uw Afdeling dit een absurd scenario vindt, maar wanneer u elke stap van dit scenario normaal zou gaan vinden als het proces in de toekomst daadwerkelijk zo zou verlopen.⁷⁵

Het is vergelijkbaar met een universiteitsdekaan die tegen iemand die daar wiskunde wil gaan studeren, zegt: "Oké, je hebt incidenteel nog wel een beetje moeite met optellen en aftrekken, en je zou ook nog wat kunnen werken aan je handigheid met de tafels van vermenigvuldiging - vooral de tafels van zes en hoger - maar al met al vind ik toch dat je een hoog, doeltreffend en volledig niveau van rekenkundig inzicht hebt, en bovendien beschik je over een smartphone met een

⁷³ Aanvulling beroepschrift Jonker d.d. 7 oktober 2015.

⁷⁴ Dit is in zekere zin ook al gedaan met de noodoplossing van het "Privacy Shield" ter vervanging van "Safe Harbor".

⁷⁵ Paragraaf 1.7. Zie ook paragrafen 4.6.4, punten (4) en (5); paragraaf 4.8.3, punt (3); en paragraaf 4.9.

calculator erop. Dus wat mij betreft ben je toegelaten tot de universiteit!" Het gaat dan natuurlijk om een soort *Trump-universiteit*. En dat is ook waar we op dit moment op afstevenen: een *Trump-samenleving* met *Trump-normen* en *Trump-jurisprudentie*, onder leiding van bestuurders, ondernemers en managers die dat wel handig vinden, omdat het op de korte termijn zo goedkoop en makkelijk stuurbaar lijkt.

De vraag is uiteindelijk welke rol uw Afdeling als één van de hoogste Nederlandse rechtscolleges wil vervullen: wilt u een norm van **reële, effectieve privacy-bescherming** in stand houden (dan wel: herstellen), in overeenstemming met het EVRM, of wilt u de afschaffing van die norm faciliteren, in samenwerking met, en onder discrete aansporing van de actoren waarvan u "onafhankelijk" heet te zijn?

(6) Als de rechtspraak capituleert voor de druk om reële privacy-bescherming af te schaffen, dan blijven er voor diegenen die hun privacy belangrijk vinden en ruimte willen houden voor hun individuele bewustzijn en gewetensvorming, alleen nog politieke en pragmatische trajecten over.

Is een koersverandering in het recht mogelijk?

(7) Ik begrijp dat het voor uw Afdeling niet eenvoudig is om, met inachtneming van de wet, *out of the box* te denken. Het vergt een "*beginners' mind*". Dat is voor niemand makkelijk die bijna zijn hele werkzame leven in een systeem heeft gefunctioneerd en daarmee is vergroeid. Onlangs werd dat zeer treffend verwoord door Mark Moody-Stuart, voormalig topman van Shell:

Ikzelf en anderen in deze industrie, wij aanschouwen dit gigantische systeem, een systeem dat op een betrouwbare manier honderd miljoen vaten per dag produceert en over de hele wereld vervoert, meestal zonder het milieu te vervuilen. En de mensen die dit systeem hebben gecreëerd en gerund en verbeterd en die zich gecommitteerd hebben aan het terugdringen van de CO2-component van het systeem - die kunnen zich maar heel moeilijk iets voorstellen wat dit systeem zou kunnen vervangen in een relatief korte tijd. Het probleem zit 'm dus in het voorstellingsvermogen, in het vermogen om te dromen. En ik geef toe dat dat deel uitmaakt van onze *mindset*. Het is moeilijk, we moeten onze hersens herprogrammeren.⁷⁶

Uw Afdeling zit niet in de olie, maar in het recht. Ook dat is een mammoettanker die moeilijk van koers verandert. Eén van de dingen die ik in dit hoger-beroepschrift, in al mijn hoekigheid, heb proberen te doen, is uw Afdeling aanknopingspunten bieden om de manier waarop u naar het recht kijkt, verder te ontwikkelen, en vooral ook hoe u kijkt naar de mogelijkheden van het recht om meer te gaan functioneren als schild voor de kwetsbaren en minder bevoorrechten.. Inclusief degenen die zich niet eens bewust zijn hoe kwetsbaar zij zelf zijn, en hun kinderen en kleinkinderen. Misschien omdat zij het zich, in de hectiek van alle eisen die werkgevers, overheidsbureaucratieën en succesvolle rolmodellen aan hen stellen, niet kunnen *veroorloven* zich daar bewust van te zijn. Voor Moody-Stuart was het relatief makkelijk, als gepensioneerde topman, om het probleem zo treffend te benoemen. Het komt vaker voor dat ex-bestuurders hun bewustzijn toestaan zich sterk te ontwikkelen, omdat ze daarmee dan niet meer zoveel op het spel zetten. Ze kunnen het zich dan *veroorloven*...U bent nog niet gepensioneerd. Dan vergt het moed.

⁷⁶ VPRO, *De zaak Shell*, uitgezonden op 6 oktober 2019. Vertaling op basis van de ondertitels, met enkele kleine aanpassingen. Te bekijken op: <https://www.vpro.nl/programmas/tegenlicht/kijk/afleveringen/2019-2020/de-zaak-shell.html>

5 Conclusie en verzoek aan de Afdeling Bestuursrechtspraak

5.1 Conclusie

De lengte van dit beroepschrift zou de vraag kunnen oproepen: waarom heb ik het nodig om er zoveel over te zeggen? Is die ingewikkeldheid van mijn betoog op zichzelf niet al een teken dat ik iets wil dat niet in overeenstemming is met de wet, en dat ik via allerlei ingewikkelde redeneringen toch voor elkaar probeer te krijgen?

Mijn antwoord op die vraag is dat die ingewikkeldheid niet voortvloeit uit het onderwerp, of uit wat ik wil. Ik wil iets heel simpels, namelijk dat mijn privé-sfeer gerespecteerd wordt wanneer ik gebruik maak van het openbaar vervoer. Om die reden wil ik dat, zolang ik niet verdacht word van enig misdrijf, mijn reisbewegingen niet worden geregistreerd, zodat overheden en bedrijven niet mijn reisbewegingen en daarmee mijn privé-activiteiten kunnen volgen, registreren en analyseren.

De oorzaak van de ingewikkeldheid die de zaak inmiddels heeft gekregen, zijn de vele redeneringen die het vervoerbedrijf (NS), de toezichthouder (AP) en de rechtbank hebben bedacht in hun pogingen om de schending van een elementair mensenrecht toch te rechtvaardigen.

Vijf onuitgesproken pijlers: het recht van de sterkste

In deze casus heeft de AP, na wat zwabberen, in hoofdzaak gekozen voor vijf onuitgesproken pijlers ter onderbouwing van haar redeneringen:

- (1) Het idee dat uit een willekeurig contract, ongeacht de inhoud (het doel) en ongeacht hoe het tot stand is gekomen (vrijwillig of afgedwongen), een wettelijke grondslag voor verwerking van persoonsgegevens valt af te leiden;
- (2) Het idee dat als een grote, machtige partij (of een conglomeraat van grote machtige partijen) iets wil, het dan dus ook noodzakelijk is;
- (3) Het idee dat een grote, machtige partij een noodzaak voor de verwerking van persoonsgegevens kan creëren door daar in de praktijk al mee te beginnen, door een technisch en administratief systeem op te zetten en daar veel geld in te investeren;
- (4) Het idee dat enkele algemeen geformuleerde, generieke doelen op zichzelf al voldoende zijn om te concluderen dat er een noodzaak bestaat om die doelen door middel van de verwerking van persoonsgegevens na te streven - in ieder geval als het de doelen zijn van een grote, machtige partij;
- (5) Het idee dat niet de verwerkingsverantwoordelijke moet aantonen dat er een noodzaak is (en subsidiariteit, en proportionaliteit) voor de verwerking van persoonsgegevens, zoals artikel 5 lid 2 AVG vraagt, maar dat de burger die dat niet wil, moet aantonen dat het niet klopt wat de verwerkingsverantwoordelijke stelt. En dat die burger sowieso ongelijk heeft.

In essentie gaat het bij deze denkwijze om een onbewust geloof in, en volgzzaamheid aan, het recht van de sterkste. Tijdens het schrijven van dit hoger-beroepschrift was het heel griezelig en naar dat door alle argumenten van NS, de AP en de rechtbank heen te voelen. Als we dit, als democratie en rechtsgemeenschap, laten gebeuren, dan zijn we geen democratische rechtsstaat meer.

De vraag of we in een democratische rechtsstaat leven: drie onderdelen

De weigering van de toezichthouder (de AP) om het recht van de sterkste te beteugelen, heb ik bij de rechtbank, en nu ook bij uw Afdeling, zichtbaar proberen te maken. Voor mij gaat het niet

alleen om herstel van mijn grondrecht op privacy, maar ook om het onderzoeken en zichtbaar maken van de mogelijkheid dat we in feite niet meer in een democratische rechtsstaat leven.

De vraag of we op het gebied van privacy in een democratische rechtsstaat leven, kan worden opgesplitst in drie onderdelen (subvragen):

- (1) Komen onze wetten op democratische wijze tot stand? Aan die vraag heb ik aandacht besteed in mijn essay "OV-data-jacht: op weg met *surveillance corporatism*", dat ik op 8 oktober jl. heb gepubliceerd,⁷⁷ en dat als bijlage bij dit hoger beroepschrift is gevoegd.
- (2) Schrijven onze wetten (het EVRM en de AVG, en voorheen de Wbp) een effectieve bescherming van privacy voor? Of zijn die wetten niet meer dan een fraai opgetuigd huishoudelijk voorwerp, voorzien van een etiket met een in moeilijk leesbare, Gothische letters afgedrukte tekst: "*Waterdicht vergiet*"?
- (3) Als de wet, indien juist en volgens de in de wet beoogde doelen geïnterpreteerd, een effectieve bescherming van privacy voorschrijft, zijn onze rechters dan ook bereid de wet correct te interpreteren, of zwichten zij voor - of vereenzelvigen zich zelfs met - de wensen van machthebbers die wèl prijs stellen op de façade van de wet (ter legitimering van hun handelen), maar niet op de inhoud van de wet (omdat die hun handelen verbiedt)?

Mocht het zo zijn dat we, zelfs op het punt van zo'n cruciaal grondrecht als privacy, niet meer in een democratische rechtsstaat blijken te leven, dan ontstaat er een nieuwe situatie, waarin ik opnieuw zal moeten nadenken hoe ik me daar als burger toe zal verhouden. Of eigenlijk: als ex-burger, want zonder democratische rechtsstaat zijn we geen burgers meer, maar onderdanen.⁷⁸

Graag wil ik in dit verband twee zinnen citeren uit het boek *De kunst van het vreedzaam vechten* van de bekende, Nederlandse filosofen Hans Achterhuis en Nico Koning:

En natuurlijk is democratie zonder een effectief rechtsbestel sowieso niet denkbaar.

Rechtsregels markeren de soms dunne scheidlijnen tussen handel en roof.⁷⁹

Publieke opinie

Omdat mijn vertrouwen in de Nederlandse rechtspraak na de twee uitspraken van de rechtbank op 5 september 2019 ernstig geschaad is, zal ik dit hoger-beroepschrift meteen publiceren. Voor een toelichting daarover, verwijs ik naar mijn vorige maand bij uw Afdeling ingediende hoger beroep over de afvalpas. Kort samengevat: ik ervaar inmiddels een sterke twijfel of ik als burger aan de Nederlandse bestuursrechtspraak voldoende bescherming kan ontnemen. Daarom wil ik mijn betoog ook toegankelijk maken voor deskundigen en voor "het hof van de publieke opinie", zodat iedereen die belang stelt in de zaak, er alvast over kan meedenken.

Ik zou het verwelkomen als de andere procespartijen hun juridische argumenten in relatie tot hun overige opvattingen ook publiekelijk kenbaar maken, ten behoeve van maatschappelijk debat.

⁷⁷ <https://www.privacyfirst.nl/images/stories/ov-chipkaart/2019-10-07-def-Impressie-rondetafelgesprek-Toegang-tot-OV-data.pdf> of via: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtsvelden/mobiliteit/item/1158-rondetafelgesprek-tweede-kamer-over-toegang-tot-ov-data.html>

⁷⁸ Aanbevolen om te lezen: *Der Untertan* (Heinrich Mann); *Mephisto - Roman einer Karriere* (Klaus Mann).

⁷⁹ Hans Achterhuis en Nico Koning, *De kunst van het vreedzaam vechten - een zoektocht naar de bronnen van geweldsbeteugeling*, Lemniscaat, 2014, respectievelijk pp. 476 en 478.

5.2 Verzoek aan de afdeling Bestuursrechtspraak

Ik verzoek uw Afdeling om:

- (1) de bestreden uitspraak van de rechtbank te vernietigen;
- (2) het bestreden primaire besluit en het bestreden (herziene) besluit op bezwaar van de AP (afwijzing van mijn handhavingsverzoek) te vernietigen;
- (3) in de hoofdzaak te gelasten dat de AP een besluit neemt tot handhaving ten aanzien van de schending van mijn privacy door NS, doordat:
 - NS mij als voordeelurenabbonnementhouder geen mogelijkheid biedt om in de voordeeluren met behoud van privacy tegen het geldende voordeulentarief gebruik te maken van de trein op het hoofdrailnet (VDU), en mij op die manier discrimineert ten opzichte van reizigers die berusten in het verlies van hun privacy;
 - NS mij geen mogelijkheid biedt om met behoud van privacy in geval van vertraging geld terug te vragen (GTBV), maar in zo'n geval van mij verlangt dat ik ofwel mijn "anonieme" OV-chipkaart de-anonimiseer waardoor niet alleen de betreffende, vertraagde reis traceerbaar wordt, maar ook andere gemaakte en nog te maken reizen - ofwel dat ik extra dure en op de meeste plekken alleen met muntgeld aanschafbare, eenmalige vervoerbewijzen koop;
 - mij als treinreiziger überhaupt geen mogelijkheid biedt om tegen een gelijk tarief en tegen gelijke voorwaarden (d.w.z. op even klantvriendelijke wijze) als andere reizigers met privacy op het hoofdrailnet te reizen, omdat:
 - de "anonieme" OV-chipkaart niet werkelijk anoniem is gebleken (vanwege de unieke pasnummers), en zelfs niet anoniem valt te maken binnen het huidige OV-chipkaart-systeem (vanwege het feit dat ook de mutaties met de anonieme OV-chipkaart worden doorgegeven aan en geregistreerd in de back-office van TLS, en niet "op de kaart worden geladen" zoals aan reizigers jarenlang werd wijsgemaakt); en omdat
 - ik voor eenmalige chipkaartjes **a)** een hoger tarief betaal en **b)** op vele stations alleen op onredelijk bezwarende wijze met muntgeld (geen bankbiljetten) in een automaat kan betalen;
- (4) in de hoofdzaak te gelasten dat de AP, als onderdeel van haar handhavende maatregelen, van NS verlangt dat die de door mij geleden financiële schade ongedaan maakt die is ontstaan doordat NS mij in de periode 2015-heden te hoge tarieven in rekening heeft gebracht wanneer ik in de voordeuluren met behoud van zoveel mogelijk privacy reis (ik heb papieren uitdraaien van een groot deel van mijn reistransacties bij de NS-servicebalie in mijn woonplaats opgevraagd en bewaard, waarop het nummer van mijn "anonieme" OV-chipkaart vermeld staat, zodat ik de gemaakte reizen voldoende kan aantonen);
- (5) in de hoofdzaak te gelasten dat de AP na de uitspraak van uw Afdeling binnen een maand een voornemen tot handhaving kenbaar maakt aan NS, en binnen drie maanden een handhavingsbesluit neemt - dit ter preventie van nog langer tijdrekken door de AP, en ten behoeve van het herstel van een klein beetje rechtszekerheid voor mij als burger met recht op privacy;
- (6) de AP te veroordelen tot het vergoeden van de door mij in beroep en hoger beroep betaalde griffierechten en overige proceskosten.

Ondertekening van deze motivering van het hoger beroepschrift

Met vriendelijke groet,

Michiel Jonker

Bijlagen:

A Tweede beroepsprocedure inzake privacy-discriminatie (ARN 18/546)

- 1 brief Jonker d.d. 17 september 2017 inzake procesorde
- 2 reactie Jonker d.d. 25 september 2017 op het bevindingsrapport van de AP
(*zie voorts aanvulling daarop in brief d.d. 28 november 2017 - onder B*)
- 3 tweede beroepschrift Jonker d.d. 29 januari 2018 (*privacy-discriminatie*)

B Eerste beroepsprocedure inzake unieke pasnummers (ARN 18/1487)

- 4 brief Jonker 24 november 2016 aan AP (*verzoek ook onderzoek unieke pasnummers*)
- 5 bezwaar Jonker d.d. 16 oktober 2017 tegen afwijzing handhavingsverzoek
- 6 nadere motivering bezwaar Jonker d.d. 28 november 2017
- 7 derde beroepschrift Jonker d.d. 19 maart 2018 (*unieke pasnummers*)

C N.a.v. gevoegde behandeling ARN 18/546 en ARN 18/1487

- 8 aanvulling tweede en derde beroepschriften d.d. 5 juli 2019
- 9 - bijlage bij aanvulling 5 juli 2019: brief Jonker d.d. 16 maart 2019 aan de AP
(*inzake poging tot rolverwisseling NS en TLS; nieuwe info "anonieme" OV-chipkaart*)
- 10 aanvulling beroepschriften d.d. 11 augustus 2019
- 11 - bijlage bij aanvulling 11 aug. 2019: beroepschrift m.b.t. AP/Connexxion d.d. 24 mei 2019
(*inzake quasi-"contract" als argument m.b.t. grondslag verwerking persoonsgegevens*)
- 12 pleitnota Jonker d.d. 20 augustus 2019
- 13 impressie Jonker d.d. 7 oktober 2019 van rondetafelgesprek TK "Toegang tot OV-data"
(*"OV-data-jacht: op weg met surveillance corporatism": een analyse van het corporatistische besluitvormingsproces in Nederland m.b.t. verwerking persoonsgegevens OV.*)

D Overig

- 14 Gedragscode verwerking persoonsgegevens OV-chipkaart door de OV-bedrijven (KNV)
- 15 Presentatie onderzoek Radboud-universiteit privacy en OV-chipkaart (2010)
- 16 Informatie "anonieme" OV-chipkaart op website NS, 24 oktober 2019