

ARN 19 / 3510 (beroep Jonker tegen afwijzing door AP van handhavingsverzoek inzake drie privacy-aantastingen door NS) en ARN 19 / 2901 (beroep inzake privacy-aantasting door Connexxion)

In deze twee zaken gaat het over kleine stapjes waarmee onze privacy stilletjes wordt afgebroken. Die stille afbraak wordt verhuld en quasi-gelegitimeerd met politieke en juridische verhalen.

Privacy kan niet adequaat worden beschermd met juridische algoritmes

Kenmerkend voor bestuursrechtspraak is dat die plaatsvindt in een situatie met een asymmetrische machtsverhouding. Als de bestuursrechter zich terugtrekt, zwijgt, geen duidelijkheid verschaft en adequaat onderzoek niet nodig acht, geeft dat aan een bestuursorgaan dat toezicht zou moeten houden, in diens hoedanigheid van machthebber, de ruimte om zijn taak te weigeren, ook als dat ten koste gaat van een beschermwaardig belang van de burger als zwakkere partij.

In mijn hoger beroep naar aanleiding van uw uitspraak op 5 september jongstleden over aantastingen van de privacy van OV-reizigers, gerelateerd aan de thans onderhavige zaken, noemde ik drie rechtsbronnen: (1) wet- en regelgeving, (2) ethiek en (3) de omstandigheden van het concrete geval. Wat ik uw rechtbank heb zien doen in uw beide uitspraken op 5 september jongstleden, is:

- (1) dat u het materiële doel van wet- en regelgeving grotendeels negeert en uw blik vernauwt tot een zo gering mogelijk minimum van formalistisch en beperkt-letterlijk opgevatte doelen en categorieën in de teksten van relevante regelgeving;
- (2) dat u een ethiek van rechtsbescherming en humaniteit stilzwijgend wegschuift naar het tweede plan en daarvoor even stilzwijgend een primaire ethiek van gehoorzaamheid aan machthebbers in de plaats stelt;
- (3) dat u een deel van de omstandigheden van het concrete geval negeert, reduceert tot abstracte algemeenheden waar u niets mee hoeft, bagatelliseert of als irrelevant opvat, omdat ze in de weg staan aan de plicht die u kennelijk ervaart, maar niet uitspreekt, om gevestigde en opkomende data-machthebbers zoveel mogelijk te bedienen.

Op deze manier heeft u datgene wat rechtspraak zou moeten zijn, gereduceerd tot de toepassing van tendentieuze algoritmes (*d.w.z. met vooringenomenheid opgevatte, minimalistisch geïnterpreteerde voorschriften uit wet- en regelgeving en jurisprudentie, conform de wensen van statelijke en particuliere machthebbers die persoonsgegevens willen verwerken*) op een eveneens tendentieuze selectie van feitenmateriaal. Dat geselecteerde feitenmateriaal wordt in de huidige bestuursrechtelijke praktijk bovendien vaak ook nog aangepast ("gekneed") door middel van "*framing*" om het te kunnen interpreteren conform de wensen van de betreffende machthebbers. Op deze manier heeft u als rechters uw medewerking verleend aan weer een onderdeelje van het proces waarin de rechtsstaat (*the rule of law*) stukje bij beetje, en zo onopvallend mogelijk, wordt afgebroken. Ik pleit ervoor dat u daarmee stopt en als bestuursrechters een fundamenteel andere houding gaat aannemen, leidend tot meer inclusieve, integrale en ethische overwegingen, en daardoor tot andere uitspraken, die aan burgers alsnog serieuze rechtsbescherming gaan bieden.

Op het moment van het schrijven van deze pleitnota weet ik nog niet hoe u de huidige casus ter zitting zult behandelen, en ook niet wat uw uitspraak zal zijn. Ik hoop dat u van koers verandert ten opzichte van de gerelateerde zaken waarin u op 5 september jongstleden uitspraak heeft gedaan. Als u dat in positieve zin doet, zal ik dat verwelkomen en er respect voor tonen.

Het belang van het "verhaal"

Zeer recent, op 7 december 2019, aanvaardde de Poolse schrijfster Olga Tokarczuk de Nobelprijs voor literatuur. In haar toespraak benadrukte zij het belang en de macht van het vertellen van verhalen in pogingen om historische waarheid vast te stellen: "Iets wat gebeurt maar niet verteld wordt, houdt op te bestaan en gaat ten onder. Dat is welbekend, niet alleen bij historici, maar ook (en misschien vooral) bij elk slag politicus en tiran. Degene die het verhaal in handen heeft en aan elkaar weeft, heeft de leiding."¹

Als uw rechtbank ervoor kiest om reële privacy onnodig te achten en zo bij te dragen aan een verkapt, maar in essentie anti-rechtstatelijk verhaal (zoals vele rechters in verschillende situaties ook vóór u hebben gedaan), dan kan ik dat niet verhinderen. Maar ik kan er wel een goed-gedocumenteerd verhaal naast zetten, waarin aan de feiten meer recht wordt gedaan - zowel de feiten van de zaak, als de feiten met betrekking tot hoe uw rechtbank met die zaak is omgegaan.

Als mijn verhaal, en dat van anderen zoals ik, dan overleeft en toegankelijk blijft, zal iedereen in de toekomst het handelen en spreken van u en uw rechtbank opnieuw kunnen evalueren in het licht daarvan. Dan zullen uw kleinkinderen u wellicht vragen waarom u de wet niet effectief heeft toegepast en waarom u de mensenrechtenverdragen in uw rechtspraak stilletjes terzijde heeft geschoven door ze zoveel mogelijk buiten beschouwing te laten en minimalistisch te interpreteren.

Wetenschappers kunnen dan studies publiceren met titels als: "*Factoren bij het verlies van onafhankelijke rechtspraak in Nederland in de periode 2000 tot 2020*". Filosofen kunnen dan, geïnspireerd door Hannah Arendt, boeken schrijven als "*Oorzaken van dehumanisering van het Europese bestuursrecht*". En uw kinderen kunnen dan memoires schrijven met titels als: "*Het geweten als black box - mijn jeugd als kind van een hermetisch gesloten juridisch kader*". Of wellicht kunt u dan zelf uw memoires schrijven waarin u uitlegt waarom u destijds "niet wist" wat toen al werd gezegd en wat twintig jaar later voor iedereen duidelijk was - nadat er veel slachtoffers waren gemaakt en de samenleving ernstig was beschadigd.

Verhaal 1: het gevaar van focus op big data in crisis-situaties

Als reële privacy niet wordt beschermd, maar er alleen een formele façade van regels in stand wordt gehouden die op zichzelf geen werkelijke bescherming biedt, dan verliezen we onze vrijheid. Als de individualiteit van mensen volledig ondergeschikt wordt gemaakt aan vermeende "collectieve" belangen zoals geponeerd door machthebbers die daarmee in feite hun eigen deelbelangen centraal stellen, dan blijft er van onze vrijheid niets over. De verhouding tussen collectiviteit en individualiteit is een kernthema in het werk van de Chinese auteur Liu Cixin, die dat onderzoekt aan de hand van toekomstscenario's waarin technologie een grote rol speelt. In mijn hoger beroepschrift naar aanleiding van uw uitspraak op 5 september 2019 inzake privacy-aantastingen door NS, heb ik hem reeds geciteerd. Hier volgen twee citaten die de blindheid en het gevaar laten zien van een eenzijdige nadruk op techniek in dienst van het collectief:

¹ Oorspronkelijke tekst: 'Also giving her Nobel lecture on Saturday (...) was Polish feminist writer Olga Tokarczuk, 57, who won the 2018 medal (...). Tokarczuk's (...) subject was the enduring importance and power of story-telling in efforts to establish historical truth. "A thing that happens and is not told ceases to exist and perishes. This is a fact well known to not only historians, but also (and perhaps above all) to every stripe of politician and tyrant. He who has and weaves the story is in charge," she said (...).' Bron: <https://www.theguardian.com/books/2019/dec/07/nobel-winner-handke-avoids-genocide-controversy-in-speech> Geraadpleegd: 8 december 2019.

De mensheid is niet slechts een abstractie. Om de mensheid lief te hebben, moet je beginnen met het liefhebben van individuele personen, door je verantwoordelijkheid tegenover diegenen van wie je houdt, te vervullen.²

Het tweede citaat luidt als volgt:

Hoewel wetenschap en technologie meestal bijdroegen aan het uitschakelen van totalitarisme, geloofden experts dat in crises die het voortbestaan van een beschaving bedreigden, wetenschap en technologie ook nieuw totalitarisme konden veroorzaken. In traditionele totalitaire staten kon de dictator alleen controle uitoefenen via andere mensen. Dat leidde tot lage efficiëntie en onzekerheid. Daarom was er in de menselijke geschiedenis nooit een 100% effectieve totalitaire samenleving geweest. Maar technologie leverde de mogelijkheid op om zulk supertotalitarisme te realiseren (...). De combinatie van super-technologie en een supercrisis zou de mensheid kunnen terugwerpen in de donkere middeleeuwen.³

Zo'n supercrisis heeft zich al aangediend, in de vorm van de klimaatcrisis. Ook de supertechnologie is inmiddels voorhanden in de vorm van *big data* en bewakingstechnologieën (*surveillance technology*). Het is nu aan ons allemaal om, elk in onze eigen rol, bijvoorbeeld die van rechter, ervoor te zorgen dat deze extreem gevaarlijke combinatie niet gaat leiden tot het einde van onze beschaving.

Verhaal 2: Contactruimte - privacy, sociale veiligheid en artikel 8 EVRM

In oktober 2016 is door een conglomeraat van Nederlandse overheden en vervoerbedrijven het "Actieprogramma Sociale Veiligheid in het OV" vastgesteld. Daarin werden maatregelen opgenomen ter controle, bewaking en beïnvloeding van OV-reizigers, waaronder de afschaffing van contant geld in het hele OV. Dit wordt door het AP opgevat als een rechtvaardiging voor het aantasten van de privacy van alle OV-reizigers. Daarmee wordt de schijn gewekt dat het belang van sociale veiligheid en het belang van privacy tegengesteld aan elkaar zouden zijn. Dat is onjuist.

Op 13 december jongstleden nam ik in Arnhem deel aan een bijeenkomst die onder andere ging over de vraag wat nu de kern is van de privacy-problematiek (in Arnhem wordt er, zoals u weet, veel nagedacht over privacy). Op een gegeven moment vertelde de presentator dat bij hem de term "collectieve privacy" was opgekomen, zonder dat hij deze precies kon definiëren. Hij vroeg aan de aanwezigen wat zij zich daarbij voorstelden. Tijdens de daaropvolgende discussie stelde ik de term "contactruimte" voor als aanduiding van datgene waar het bij privacy in de kern om gaat. Dit als verduidelijkend synoniem voor de term "persoonlijke levenssfeer" zoals gehanteerd in onder andere artikel 8 EVRM, en in aansluiting op het begrip "sanctuary" (toevluchtsoord) zoals gehanteerd door Shoshana Zuboff in het standaardwerk *The Age of Surveillance Capitalism*.

De term "privacy" kan het beste opgevat worden als de eerbiediging, bescherming en ervaring van de persoonlijke levenssfeer. Van belang is daarbij dat die persoonlijke levenssfeer niet alleen een individueel karakter heeft, maar ook een collectief karakter. Het gaat immers om de sfeer waarin personen leven. "Leven" betekent in dit verband: in contact zijn met zowel het eigen, individuele geweten en de eigen gevoelens, als met andere mensen en de omgeving in ruimere zin. Het begrip "persoonlijke levenssfeer" heeft dus een psychologische en een sociale dimensie, die met elkaar

² Cixin Liu, *Death's End*, 2010, Engelse vertaling door Ken Liu, Head of Zeus, 2016, pagina 94. Ned. vertaling van mij.

³ Ibid., pagina 146.

samenhangen. Eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer betekent eerbiediging van zowel de ruimte en vrijheid die mensen nodig hebben voor bezinning, reflectie, gewetensvorming en ontspannen genieten, als van de ruimte die zij nodig hebben voor beweging en betekenisvolle sociale interactie met andere mensen.⁴ Alleen wie een goed innerlijk leven heeft, kan goede contacten met anderen leggen. En alleen wie goede contacten met anderen heeft, kan er een goed innerlijk leven op nahouden. In volledig isolement gaat ieder mens dood - in ieder geval mentaal.

Contact maakt kwetsbaar. Voor contact met je eigen innerlijk en met andere mensen, is een mate van veiligheid nodig. Enerzijds de veiligheid om eens wat nieuws te kunnen uitproberen zonder dat dat meteen gezien, afgestraft of misbruikt kan worden door meedogenloze of manipulatieve buitenstaanders. Anderzijds de veiligheid om nieuwe kanten van jezelf onder ogen te kunnen zien zonder je daarvoor meteen naar anderen toe te hoeven verantwoorden. Contact met jezelf (bewustwording) en levendig contact met anderen brengen altijd risico's met zich mee, omdat er altijd sprake is van een niet volledig beheersbare of voorspelbare interactie. "Contactruimte" is de ruimte waarbinnen er voldoende geestelijke, fysieke en sociale veiligheid bestaat om de interactie met jezelf en anderen aan te gaan op een verantwoorde manier, zonder roekeloos te hoeven zijn.

Onder andere in het OV tast de huidige generatie mobiele telefoons die contactruimte van mensen op twee manieren aan. Ten eerst dienen de telefoons als bewakingsinstrument (*surveillance instrument*) om mensen te volgen, te bespieden en te beoordelen, waardoor ze zich, bewust of onbewust, minder vrij gaan voelen. Ten tweede dienen mobieltjes ook als stoorzenders die door middel van het afleiden van aandacht barrières opwerpen tussen elke gebruiker en zijn innerlijke bewustzijn, en tussen gebruikers onderling. Het contact wordt niet volledig onmogelijk gemaakt, maar wordt gehinderd zodat het oppervlakkiger wordt. Het bewustzijn van mensen gaat als het ware oppervlakkiger "ademhalen", waardoor ook hun communicatie met elkaar oppervlakkiger wordt. Deze vernauwing en vervlakking draagt bij aan wat Tijmen Schep "*social cooling*" noemt.⁵

Sinds enkele jaren zie ik in het OV dat negentig procent van mijn mede-passagiers 90% van de tijd zombie-achtig naar het eigen mobieltje in de eigen hand staart. Het heeft iets van een massale, ondode masturbatie-sessie, waarbij iedereen zich stiekem een beetje schaamt en zich verschuilt.

Tegelijk is het openbaar vervoer de enige manier om met zo min mogelijk belasting van het milieu andere mensen te kunnen bereiken die meer dan een paar kilometer van je vandaan wonen. Daarmee vervult het OV in een moderne samenleving een cruciale functie voor de contactruimte tussen mensen. Het stelt mensen in staat elkaar fysiek, d.w.z. analoog te ontmoeten, elkaar te inspireren en van elkaar te leren op een manier die zonder "live" ontmoetingen niet mogelijk is. Privacy-vriendelijk OV biedt aan mensen contactruimte, en daarmee ook sociale veiligheid.

Wanneer de privacy uit het OV verdwijnt, worden de risico's bij het leggen van sociale contacten groter. Het Chinese Sociaal-Krediet-systeem illustreert dat. Wanneer buitenstaanders elk moment kunnen volgen naar wie je op weg bent en met wie je contact legt, heeft dat een remmend en uniformerend effect op je sociale contacten. Iedereen wordt behoedzamer, omdat elke interactie met een andere persoon onbekende en onbeheersbare nadelige effecten op je leven en loopbaan kan hebben. **Een OV zonder waarborg van reële privacy schaadt en verkleint op die manier geleidelijk de persoonlijke levenssfeer en (daarmee) de sociale veiligheid van alle OV-gebruikers.**

4 Zie ook mijn pleitnota d.d. 20 augustus 2019 in de zaak m.b.t. NS en de OV-chipkaart, waarover u op 5 september 2019 uitspraak heeft gedaan (uw zaaknummers: ARN 18/546 en ARN 18/1487).

5 www.socialcooling.com

Privacy-bescherming vereist ook bescherming tegen voorbereidende handelingen

Het gaat in de door mij gevoerde privacy-rechtszaken, waaronder de onderhavige twee zaken, om het bewustzijn dat elke aantasting van privacy telt, omdat die aantastingen niet apart staan en niet goed begrepen kunnen worden als ze louter en alleen in isolement worden beschouwd. Elke schijnbaar kleine aantasting, en elke voorwaarde die geschapen wordt voor zo'n aantasting, ondersteunt en bevordert andere, gerelateerde aantastingen. U kunt alleen adequaat rechtspreken als u deze samenhang, en de ernst van de cumulatie van de aantastingen, onderkent, benoemt en honoreert in uw uitspraak. De geleidelijke afschaffing van contant geld, en de stiekeme pogingen om mensen te laten wennen aan het telkens afstaan van persoonsgegevens door middel van hoogfrequente legitimatie en identificatie en het eisen van NAW-gegevens, moeten op zijn minst serieus worden onderzocht, ook als het daarbij kan gaan om voorbereidende of voorwaarden-scheppende handelingen voor geplande toekomstige aantastingen van privacy.

Die onderzoeksplicht geldt al helemaal in gevallen waarin er aanwijzingen zijn dat er mogelijk nu al een structurele, feitelijke privacy-aantasting plaatsvindt. Dat is de enige manier om het Europeesrechtelijk vereiste "hoge, doeltreffende en volledige beschermingsniveau" te realiseren.

Verzoek om aanhouding zaak - en eventuele heroverweging daarvan

In uw uitspraken van 5 september 2019 heeft u aan de betreffende verwerkingsverantwoordelijken vrijbrieven gegeven voor het met willekeur verwerken van persoonsgegevens, ook in het openbaar vervoer, mits zij maar schriftelijk een algemeen geformuleerd verwerkingsdoel vastleggen. Als uw rechtbank nog steeds hetzelfde standpunt inneemt, maakt dat ook uw uitspraken in de thans onderhavige twee zaken voorspelbaar, in ieder geval zolang de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State nog geen uitspraak heeft gedaan in de door mij ingestelde hoger-beroepen tegen de bovengenoemde uitspraken van uw rechtbank.

Ik wil graag een nutteloze en kostbare herhaling van zetten voorkomen, en niet zinloos of onnodig uitgebreid procederen. Het gaat hier immers wel om een proces dat wordt bekostigd uit belastinggeld van burgers en uit geld dat wordt opgebracht door OV-reizigers (waaronder ikzelf). Daarom heb ik uw rechtbank in mijn brief van 2 december 2019 primair verzocht, met het oog op de rechtseenheid en de proceseconomie, om uitstel van de behandeling ter zitting van de onderhavige zaken, in afwachting van de uitspraken van twee hogere rechterlijke instanties: de Raad van State die mijn hoger-beroepen behandelt (ABRS; RvS), en het Hof van Justitie van de EU (Hvt-EU; CJEU), aan wie het Belgische Constitutionele Hof prejudiciële vragen heeft gesteld inzake de verwerking van persoonsgegevens van OV-reizigers. Nadat u mijn verzoek per kerende post had afgewezen, heb ik uw rechtbank subsidiair, in mijn brief van 5 december 2019, verzocht om aanhouding van de onderhavige zaak tot na die uitspraken van hogere instanties.

Mocht het echter zo zijn dat uw rechtbank op de betreffende punten inmiddels van opvatting is veranderd, bijvoorbeeld naar aanleiding van de tekst van mijn hoger beroep die ik als bijlage bij mijn brief van 2 december 2019 heb gevoegd, dan zou ook mijn opvatting over de wenselijkheid van het aanhouden van de zaak wellicht kunnen veranderen. Ik hoop dat uw rechtbank bereid is om op dit punt al ter zitting aan alle partijen duidelijkheid te geven.

Ik dank u voor uw aandacht.