

Privacy om zeep brengen met zg. 'legaal' wurgcontract? *Autoriteit Persoonsgegevens en rechtbank vinden het best.*

M. Jonker

Arnhem

27 januari 2021

Verzenden per email, nazenden per post

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

@raadvanstate.nl

/ Postbus 20019

2500 EA DEN HAAG

Onderwerp: reactie op verweerschrift AP d.d. 19 januari 2021 inz. OV-chipkaart NS

Uw zaaknr: 2019-07478

Edelachtbare heer, vrouwe,

Bij brief van 21 januari 2021 (door mij ontvangen op 26 januari) heeft u mij toegezonden het verweerschrift van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) inzake het bovengenoemde hoger beroep, dat u ter zitting wilt behandelen op 8 februari 2021. Graag wil ik reageren op enkele punten in het verweerschrift van de AP. Aangezien ik uiterlijk op de elfde dag voor de zitting (28 februari 2021) stukken kan inzenden, zal ik niet kunnen ingaan op bepaalde teksten waar de AP naar verwijst.

Inhoudsopgave van deze reactie:

	pag.
1 Kern van de zaak - volgens de AP en volgens mij	2
2 Beoordelingskader: Rechtbank Midden Nederland schept voor uw Afdeling geen precedent - "beoordelingskader" als bos om mensen in te sturen	3
3 Kernvraag: mag privacy per onvrijwillig "contract" worden afgeschaft?	5
3.1 De interpretatie van de AP is een recept voor willekeur	5
3.2 Implicaties als willekeur de bedoeling van de wet zou zijn	13
3.3 Waarom willekeur niet de bedoeling van de wet kan zijn	14
3.4 Andere interpretatie die wel recht doet aan de bedoeling van de wet	15
4 Rechtstreekse toetsing aan het EVRM - maar de AP wil iets heel anders	16
5 Verklaring voor gedrag AP en rechtbank: bestuurlijke groepsnorm van kwade trouw	17
6 Conclusie: Hobbesiaanse privatisering van het recht is einde van privacy en rechtsstaat	18

1 Kern van de zaak - volgens de AP en volgens mij

In haar verweerschrift stelt de AP onder randnummer 7:

7. In de kern komt het betoog van de heer Jonker erop neer dat hij het vastleggen van zijn reisbewegingen door middel van het in- en uitchecken met de OV-chipkaart bij het reizen per trein niet noodzakelijk acht. Dat gebeurde vóór de invoering van de OV-chipkaart immers ook niet, zo redeneert de heer Jonker. Volgens hem leidt de handelwijze van NS en de beoordeling daarvan door de AP en de rechtbank ertoe dat NS naar willekeur persoonsgegevens mag gaan verwerken door dit onderdeel te maken van de overeenkomst tussen NS en haar reizigers.

Ik waardeer het dat de AP de kern van mijn betoog poogt te doorgronden. Maar daar slaagt de AP op deze manier niet in. De AP benoemt slechts een secundair onderdeel van mijn betoog. De kern van mijn betoog is tweeledig, namelijk (1) dat het tot de wettelijke taak en de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de AP behoort om de reële, materiële privacy van reizigers in het openbaar vervoer effectief te beschermen. En (2) dat de AP dat niet doet, en dus op onrechtmatige wijze haar taak verzuimt, wanneer zij gedooft dat *bijvoorbeeld* vervoerbedrijven zoals NS en Connexxion zonder werkelijke noodzaak (zoals bedoeld in artikel 8 lid 2 EVRM) die privacy van reizigers afnemen, *bijvoorbeeld* met gebruikmaking van een afgedwongen pseudo-"contract" in de vorm eenzijdig opgestelde algemene voorwaarden, dat dan, ondanks het evidente wilsgebrek, zou moeten dienen als pseudo-rechtvaardiging en als wettelijke "grondslag".

De kern van mijn betoog gaat over het grondrecht van OV-reizigers, de taak van de AP om dat te beschermen, en het feitelijke, daarmee strijdige taakverzuim van de AP.

Maar aangezien ik nu reageer op het verweerschrift van de AP, zal ik straks ingaan op de argumenten die de AP naar voren brengt met betrekking tot haar idee van wat de kern zou zijn.

2 Beoordelingskader: Rechtbank Midden Nederland scheidt voor uw Afdeling geen precedent - "beoordelingskader" als bos om mensen in te sturen

(1) Eerst wil ik nog opmerken dat de AP in haar verweerschrift groot belang lijkt te hechten aan het juridische beoordelingskader dat de rechtbank Midden-Nederland in een andere, niet door mij gevoerde zaak heeft gehanteerd, en dat die rechtbank heeft uiteengezet in overweging 7 van haar uitspraak van 30 augustus 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4011, waar het gaat om de vraag of er een juridische grondslag is voor de verwerking van persoonsgegevens van OV-reizigers.

Gezien het late tijdstip van het verweerschrift van de AP en mijn persoonlijke omstandigheden op dit moment, ben ik niet in de gelegenheid om die uitspraak van de RBMNE nu te bestuderen voorafgaand aan de tijdslimiet voor het indienen van deze reactie. Ik zal daarom ingaan op de argumenten die de AP zelf in haar verweerschrift voren brengt.

Ik wil er in dit verband op wijzen dat een uitspraak van een lagere rechtbank geen precedent scheidt voor een behandeling door uw Afdeling. U kunt zelf vaststellen wat het juiste beoordelingskader is bij de beoordeling van het hoger beroep dat ik bij u heb ingediend.

(2) In mijn onderhavige beroepschriften en hoger-beroepschrift heb ik onderbouwd waarom de bedoeling van artikel 8 EVRM centraal zou moeten staan in het te hanteren beoordelingskader, en hoe dat verdragsartikel in de huidige reële situatie (het reële krachtenveld) zou moeten worden geïnterpreteerd om zijn werkingskracht te behouden.

(3) Ook heb ik, met onderbouwing van argumenten, uiteengezet hoe artikel 8 Wbp / artikel 6 lid 1 AVG naar mijn mening geïnterpreteerd zouden moeten worden, en waarom.

(4) De AP schrijft onder randnummer 8 van haar verweerschrift d.d. 19 januari 2021:

De AP is van mening dat de rechtbank bij de beoordeling van de in beroep bestreden besluiten terecht alleen heeft getoetst aan de Wbp. Los van het overgangsrecht in de UAVG, wordt afgeronde besluitvorming van vóór 25 mei 2018 uitsluitend getoetst aan de Wbp, zoals die gold ten tijde van de bestuurlijke besluitvorming.

De AP verwijst daarbij naar uw uitspraak van 25 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2503 en naar artikel 48, achtste lid, van de UAVG.

Vanwege het late tijdstip van het verweerschrift en mijn persoonlijke omstandigheden ben ik niet in de gelegenheid die uitspraak van uw Afdeling nu te bestuderen.

De AP maakt niet duidelijk waarom zij het zo belangrijk vindt dat haar besluit niet aan de AVG wordt getoetst. Ten tijde van de invoering van de AVG werd steeds door alle deskundigen benadrukt dat artikel 8 Wbp en artikel 6 lid 1 AVG materieel niet van elkaar verschillen.

Ik hoop dat uw Afdeling de AP kan bewegen om op dit punt meer duidelijkheid over haar opvattingen te verschaffen, en dat uw Afdeling vervolgens bereid is mij gelegenheid te bieden daarop te reageren.

Het lijkt er in ieder geval op dat de AP de rechtsbescherming die de AVG biedt, zo beperkt mogelijk wil interpreteren, ook in de tijd. Dat is een houding die niet past bij een toezichthouder/handhaver, maar eerder bij een lakei van privacy-schenders.

(5) Het is mogelijk dat de AP nu, in 2021, vindt dat ik, als ik een beroep wil doen op de bescherming die de AVG biedt, na 25 mei 2018 opnieuw handhavingsverzoek bij de AP had moeten indienen, in plaats van in beroep te gaan tegen de afwijzing van de AP tegen mijn eerdere handhavingsverzoek. Maar waarom heeft de AP dat dan destijds (tussen 24 mei 2016 en 25 mei 2018, of kort daarna) niet tegen mij gezegd? Dat is niet redelijk.

(6) En hoe ziet de AP dat dan voor zich: iemand dient in 2015 een handhavingsverzoek inzake een inbreuk op zijn privacy. De AP weigert het serieus te onderzoeken en wijst het af. In 2016 draagt de rechtbank de AP op alsnog meer onderzoek te plegen, hetgeen uw Afdeling in 2017 bekrachtigt (zij het dat u de keuze van een formele grondslag voor dat onderzoek tot het beleid van de AP rekent). Nadat de AP een nieuw (flut-)onderzoek heeft verricht, wijst de AP het handhavingsverzoek opnieuw af. Betrokkene gaat daartegen in bezwaar en, na 25 mei 2018, in beroep. En dan, in 2021, na bijna zeven jaar procedures, zegt de AP: Kiekeboe! Jammer maar helaas - voor de tijdens de werkingsperiode van de AVG nu reeds bijna drie jaar voortdurende, herhaalde inbreuk op de privacy, kan betrokkene desondanks geen bescherming ontnemen aan de AVG, omdat hij ooit, in 2015, al een handhavingsverzoek heeft gedaan, en dat tijdens al die procedures niet opnieuw heeft gedaan, in de vorm een nieuwe brief met dezelfde inhoud maar met een nieuw datumstempel...

Wat denkt u dat het met de geloofwaardigheid van ons rechtssysteem doet als de bescherming die een wet (de AVG) aan burgers beoogt te bieden, door het bestuursorgaan dat die bescherming zou moeten implementeren (de AP), op deze manier juist wordt uitgeschakeld, en als dergelijk trucwerk door de rechters die dat systeem vertegenwoordigen, ook nog eens rechtmatig zou worden verklaard?

Ik ben nu bijna zeven jaar bezig om deze aantasting van mijn privacy tegen te gaan. Vinden de AP en de rechters nu dat ik te weinig procedures heb aangespannen en daarom geen beroep kan doen op de bescherming die de huidige wet op dit moment beoogt te bieden, terwijl de privacy-inbreuk intussen rustig mag voortduren, ook nu in "AVG-tijd"?

In dat geval zou ik zeggen: heren, dames, vertegenwoordigers van de "rechtsstaat", blijft u rustig zitten op uw pluche, en kijkt u vooral niet in de spiegel. Dan ga ik ondertussen het bos in waar u mij in heeft gestuurd. Wie weet loopt daar wel één of andere Robin Hood in wiens "rechtssysteem" ik meer vertrouwen kan hebben.

(7) Het kan zijn dat de twee "senior adviseurs afdeling beroep Directie Juridische Zaken en Wetgevingsadvisering bij de Autoriteit Persoonsgegevens" die de zaak behandelen, het als hun taak zien om zich te gedragen als advocaten die maar één doel hebben, namelijk het "winnen" van de rechtszaak, en dat ze vergeten zijn dat ze overheidsdienaren (zouden moeten) zijn die goede trouw, het doel van de wet en het algemeen belang voorop zouden moeten stellen. In dat geval hoop ik dat uw Afdeling hen eraan zal herinneren wat ook alweer het doel van alle drie de overheidsmachten (wetgevende, rechtsprekende en uitvoerende) is, of althans zou moeten zijn.

3 Kernvraag: mag privacy per onvrijwillig "contract" worden afgeschaft?

In mijn hoger beroepschrift, en in mijn aanvullingen daarop, heb ik onderbouwd dat er sprake is van een conglomeraat van overheden (o.a. ministeries, provincies, gemeenten), vervoerbedrijven, data-bedrijven en organisaties uit het "maatschappelijke middenveld" die gezamenlijk de privacy van OV-reizigers willen afschaffen om toegang te krijgen tot hun persoonsgegevens.

De vraag die de AP centraal heeft gesteld en positief heeft beantwoord, is of een vervoerbedrijf zoals NS het beleid van dit conglomeraat mag implementeren door middel van het eenzijdig stellen van algemene voorwaarden die beschouwd worden als een "contract" of "overeenkomst", en waarin is opgenomen dat alleen reizigers die berusten in de verwerking van hun persoonlijke reisgegevens nog toegang krijgen tot het openbaar vervoer, mits de NS daaraan maar enig zelfgekozen, algemeen omschreven, positief getoonzet "gerechtvaardigd doel" koppelt. Als dat inderdaad zou mogen, zoals de AP vindt, dan zouden de Wbp, de AVG en het EVRM samen een recept voor willekeur vormen.

Vertaald naar termen van de Wbp of de AVG, is de vraag dan of NS, met verwijzing naar een algemeen geformuleerd "goed" doel, door middel van een dergelijk, afgedwongen pseudo-"contract" een wettelijke grondslag (in de zin van art. 8 Wbp of art. 6 lid 1 AVG) kan creëren voor de verwerking van die persoonsgegevens, die de weg vrijmaakt voor de verzameling en verdere verwerking van persoonsgegevens zonder instemming van de betrokkenen.

AP voert in haar verweerschrift een aantal drogredeën aan waarom deze data-roof als legaal zou moeten worden beschouwd, en waarom de AP daartegen dus niet handhavend zou hoeven op te treden. Tegelijk probeert de AP te verhullen dat zij de deur wagenwijd openzet voor willekeur.

In de subparagrafen van paragraaf 3.1 zal ik door middel van een analyse onderbouwen waarom de interpretatie van de AP een recept voor willekeur is. In paragraaf 3.2 zal ik kort bespreken wat de implicaties (juridisch en maatschappelijk) zouden zijn als de interpretatie van de AP zou kloppen. In paragraaf 3.3 zal ik onderbouwen waarom de interpretatie van de AP niet kan kloppen, met het oog op artikel 8 EVRM. En in paragraaf 3.4 zal ik verwijzen naar een andere interpretatie, die wél recht doet aan artikel 8 EVRM, en betogen dat deze andere interpretatie de enige rechtsstatelijke manier is om artikel 8 Wbp / artikel 6 lid 1 AVG toe te passen.

3.1 De interpretatie van de AP is een recept voor willekeur

3.1.1 "Niet bij voorbaat verboden" is iets anders dan "toegestaan"

De eerste drogredeën die de AP aanvoert, onder randnummer 9, is de volgende:

9. De rechtbank heeft de AP terecht gevolgd in haar standpunt dat de omstandigheid dat NS geen reisgegevens vastlegde toen nog gebruik werd gemaakt van het papieren treinkaartje, op zichzelf niet betekent dat NS er niet voor mocht kiezen om dat later ten behoeve van intensivering van haar controledoeleinden wel te gaan doen. [onderstreping van mij]

Met evenveel recht kan echter ook worden gezegd:

De omstandigheid dat NS geen reisgegevens vastlegde toen nog gebruik werd gemaakt van het papieren treinkaartje, betekent op zichzelf niet dat NS er wel voor mocht kiezen om dat later ten behoeve van intensivering van haar controledoeleinden wel te gaan doen.

De genoemde omstandigheid zegt dus "op zichzelf" helemaal niets over wat NS wel of niet mocht doen. Maar de genoemde omstandigheid zegt wel iets over wat NS kon doen. En dat is relevant, gezien het subsidiariteitsbeginsel. NS kon en kan openbaar vervoer aanbieden zonder persoonsgegevens over de persoonlijke reisbewegingen van de OV-reizigers te verzamelen.

3.1.2 "Mogen streven naar" wil niet zeggen "ernaar mogen streven ten koste van..."

De AP vervolgt, nog steeds onder randnummer 9:

9. (...) De verantwoordelijke heeft namelijk, gelet op artikel 7 van de Wbp, de ruimte om de door hem na te streven gerechtvaardigde doeleinden vast te stellen en te bepalen of de verwerking van persoonsgegevens noodzakelijk is om die doeleinden te realiseren.

Als deze opvatting juridisch hout zou snijden, dan zou dit betekenen dat daarmee volstrekte willekeur van de vervoerder bij de verwerking van persoonsgegevens is gelegaliseerd, door middel van een tweetrapconstructie:

Eerst mag de verantwoordelijke zelf "vaststellen" welke "gerechtvaardigde doeleinden" hij zelf wil nastreven. En vervolgens mag de verantwoordelijke zelf "bepalen" welke persoonsgegevens hij nodig meent te hebben om die zelfbepaalde doelen na te streven.

In de praktijk is er voor de verantwoordelijke op deze manier geen enkel beletsel om de volgorde ook om te keren. In dat geval "bepaalt" de verantwoordelijke eerst welke persoonsgegevens hij wil verwerven, waarna hij vervolgens op basis dáárvan kan "vaststellen" welke (nobe) doelen hij moet nastreven om de verwerving van die persoonsgegevens van een legale grondslag te voorzien.

Onlangs las ik over de "Poolse delingen", waarbij het koninkrijk Polen in drie stappen uit elkaar werd gescheurd en opgedeeld door de grootmachten Pruisen, Oostenrijk-Hongarije en Rusland. Ook daar was sprake van de meest nobele doelen:

The First Treaty of Partition was signed in St Petersburg on 5 August 1772. Legal niceties were observed throughout. The air was filled with homage to Poland's 'golden freedom'. Then the victim was persuaded to wield the knife. The [Polish] King placed a motion in favour of the Partition before the Sejm. The one member to protest, Tadeusz Rejtan, who lay across the threshold of the Chamber to bar the King's entry, was later declared insane.¹

NS en andere leden van het eerder genoemde Nederlandse conglomeraat gaan met de privacy van OV-reizigers om zoals Pruisen, Oostenrijk-Hongarije en Rusland met omgingen met Polen. En ze

¹ Norman Davis, *Europa - A History*, 1996/2014, p. 663.

proberen mij in de rol van een Tadeusz Rejtan te plaatsen - maar dan in beleefde, afstandelijke, juridische bewoordingen. Ik heb volgens hen gewoon niet begrepen dat het voor mijn eigen bestwil is, en volkomen legaal, dat mijn persoonsgegevens worden geroofd...

Natuurlijk mochten Pruisen, Oostenrijk-Hongarije en Rusland "op zichzelf" streven naar gebiedsuitbreiding en versteviging van hun monarchale machtsstructuren. Maar dat wilde niet zeggen dat ze die nobele doelen ook mochten nastreven ten koste van de zelfbeschikking van de Polen en het bestaan van de Poolse staat.

Op dezelfde manier mogen NS en andere machthebbers in het OV hun zelfgekozen "gerechtvaardigde doelen" op zichzelf wel nastreven, maar niet nastreven ten koste van het grondrecht op privacy - als we tenminste, *anders dan midden- en oost-Europese monarchen en hun onderdanen in de achttiende eeuw*, tegenwoordig in een rechtsstaat leven.

3.1.3 Een "gerechtvaardigd doel" is niet hetzelfde als een "magisch woord"

De AP probeert te ontkennen dat zij met haar interpretatie de deur wijd open zet voor willekeurige verwerking van persoonsgegevens, door aan te voeren dat de eis van het bestaan van een willekeurig "gerechtvaardigd doel" op zichzelf al een waarborg zou vormen tegen het optreden van willekeur bij de verwerking van persoonsgegevens door vervoerbedrijven.

Dat klopt niet, omdat de AP er tegelijk genoeg neemt als de verwerkingsverantwoordelijke (vervoerbedrijf NS) een willekeurig "magisch woord" opvoert en beweert dat hiermee een "gerechtvaardigd doel" voor de onvrijwillige gegevensverwerking zou zijn aangetoond.

In mijn hoger-beroepschriften d.d. 9/29 oktober 2019 (2019-07478) en d.d. 6 maart 2020 (2020-01626) alsmede in mijn aanvulling d.d. 15 januari 2021 heb ik reeds aangegeven welke "magische woorden" verwerkingsverantwoordelijken zoal opvoeren alsof ze daarmee een "gerechtvaardigd" doel zouden aantonen:

Zulke pseudo-panaceeën ter ondermijning van grondrechten ben ik ook veel tegengekomen in de onderhavige casussen met betrekking tot privacy in het openbaar vervoer. Het gaat hier om algemene, "magische" woorden zoals "veiligheid", "sociale veiligheid", "efficiëntie", "connectiviteit", "gemak", "gebruiksgemak", "digitale inclusiviteit", "iedereen moet kunnen meedoen", etc., die aan iedereen op zich een goed gevoel geven.²

Zonder nadere onderbouwing (d.w.z. • specificatie van de definitie van het opgevoerde doel, • onderbouwing dat dit doel feitelijk ook op deze manier wordt nagestreefd, en • onderbouwing dat er ook werkelijk een aanleiding en noodzaak is voor het nastreven ervan) kan zo'n "magisch woord" niet aantonen (zoals vereist door art. 5 lid 2 AVG) dat er sprake zou zijn van een "gerechtvaardigd doel". Ook wordt zo niet aangetoond dat er sprake is van een "welbepaald" of "uitdrukkelijk omschreven" doel (art. 5 lid 1 AVG). Mocht de AP aanvoeren dat de Wbp, anders dan de AVG, niet zou vereisen dat er aan de onvrijwillige verwerking van persoonsgegevens een duidelijk en specifiek doel ten grondslag ligt, dan ben ik benieuwd wat uw Afdeling daarvan vindt.

² Aanvulling Jonker d.d. 15 januari 2021 (*Bewegingscontrole en bewegingsbeperking*), paragraaf 3.3.2 onder randnummer (14) - pagina 33.

3.1.4 Het magische woord "fraudepreventie" toont geen gerechtvaardigd doel aan

In de loop der tijd hebben NS en de AP in creatieve, colluderende samenwerking met elkaar wisselende "magische woorden" alias "gerechtvaardigde doelen" opgevoerd ter rechtvaardiging van de onvrijwillige verwerking van persoonlijke reisgegevens van OV-reizigers (over de implicaties van de wisseling van doelen straks meer in paragraaf 3.1.6). Het meest recent opgevoerde doel, dat de AP thans ook in haar verweerschrift opvoert, is "fraudepreventie". De AP schrijft hierover onder randnummers 12 en 13 van het verweerschrift:

12. De AP heeft gemotiveerd waarom de verwerkingen van persoonsgegevens waartegen de handhavingsverzoeken van de heer Jonker waren gericht door NS noodzakelijk kunnen worden geacht ter bestrijding van misbruik en fraude bij het gebruik van de OV-chipkaart en de regeling GTBV. (...) 13. NS heeft dus, gelet op de hiervoor beschreven systematiek, in beginsel de ruimte om te streven naar een systeem dat meer waarborgen biedt tegen misbruik en fraude dan het papieren treinkaartje.

Anders dan de AP meent, is het voor het aantonen van een gerechtvaardigd doel echter niet voldoende dat zo'n doel in theorie zou "kunnen" bestaan of "in beginsel" mag worden nagestreefd. In "beginsel" zou met het OV-chipkaart-systeem ook mogen worden gestreefd naar preventie van het risico dat bewoners van de planeet Mars met op hoogtechnologische wijze vervalste papieren treinkaartjes naar Nederland komen om hier gebruik te maken van de dienstverlening van NS..

Al eerder heb ik erop gewezen dat NS:

- niet aannemelijk heeft gemaakt dat zich bij het tot 2014 gehanteerde systeem van papieren treinkaartjes een groot frauderisico manifesteerde;
- niet aannemelijk heeft gemaakt dat het OV-chipkaart-systeem minder fraudegevoelig zou zijn dan het privacy-vriendelijke systeem met papieren treinkaartjes.

3.1.5 Poging tot redding van "magisch woord" d.m.v. het retorisch opblazen van een niet of nauwelijks voorkomend frauderisico

Maar vervolgens heeft de AP het ontbreken van een substantieel of groter frauderisico bij het systeem met papieren treinkaartjes proberen te ondervangen door, als een soort advocaat van NS, zonder enige onderbouwing een vermeend frauderisico op te blazen, bijv door te stellen dat digitale reizigersinformatie tegenwoordig tot een groter frauderisico zou leiden. Die niet-onderbouwde stelling doet de AP ook nu weer, onder randnummer 12 van het verweerschrift:

12. (...) Daarbij wijst de AP erop dat, anders dan in het verleden, via bijvoorbeeld www.rijdendetreinen.nl/storingen eenvoudig kan worden geraadpleegd welke treinen vertraging hebben ondervonden, waardoor het in het systeem met papieren treinkaartjes en zonder in- en uitcheckgegevens gemakkelijker wordt om een claim in te dienen voor reizigers die niet daadwerkelijk gevolgen hebben ondervonden van de vertraagde rit.

Dit argument is er door de AP ter elfder ure bijgesleept, zonder dat de AP onderbouwt:

- a) dat een dergelijke vorm van fraude in de praktijk daadwerkelijk zou optreden (deze theoretische vorm van fraude werd ten tijde van de beschikbaarheid van papieren kaartjes nooit door NS gemeld);
- b) dat het in de praktijk voor kwaadwillenden überhaupt lonend zou zijn om op deze manier via een tijdrovend meldingsproces voor één papieren treinkaartje een deel van de ritprijs terug te krijgen;
- c) waarom dit door de AP vermeende frauderisico de NS er dan niet toe gebracht heeft om eenmalige chipkaartjes volledig af te schaffen (ze komen nog steeds uit de automaten);
- d) waarom dit vermeende risico nog zou bestaan als treinkaartjes bij gebruik afgestempeld worden met een tijdsaanduiding (in een automaat, of door een conducteur in de trein, zoals vroeger)
- e) waarom de AP als toezichthouder niet aan NS heeft gevraagd dit vermeende risico op enige wijze te onderbouwen met cijfers over hoe vaak deze fraude nu eigenlijk werd en wordt gepleegd.

De AP wekt op deze manier de schijn van kwade trouw. Immers, een privacy-toezichthouder die te goeder trouw is, zou proberen te checken of er feitelijke redenen bestaan voor de verwerking van persoonsgegevens. De AP doet iets heel anders, namelijk fantaseren dat er zulke feitelijke redenen bestaan.

3.1.6 Het doel is pas na het middel ontstaan - of NS heeft gelogen

De AP had serieus moeten onderzoeken of de wisselende doelen die NS in de periode 2014-2021 heeft beweerd na te streven met het OV-chipkaart-systeem (het systeem dat de verwerking van persoonsgegevens van reizigers vereist), de echte doelen van NS waren/zijn, of niet.

Een aanwijzing dat dat niet het geval is, is het feit dat NS aanvankelijk, toen ik de zaak in het najaar van 2014 voorlegde aan de Geschillencommissie OV, aangaf helemaal niet geïnteresseerd te zijn in gegevens over individuele reisbewegingen van treinreizigers, maar deze te beschouwen als "onnodige bijvangst" - een onbedoeld neveneffect van het ingevoerde OV-chipkaart-systeem. Dat systeem was - volgens NS in uitlatingen destijds - alleen bedoeld om het voor de reiziger "makkelijker en prettiger" en voor NS "efficiënter" te maken. Pas later begon NS aan het OV-chipkaart-systeem het doel "fraudepreventie" toe te schrijven.

Een tweede aanwijzing is dat NS jarenlang (ca. 2008 tot maart 2019) de Tweede Kamer en treinreizigers heeft misleid dat er geen persoonsgegevens werden verzameld van reizigers die gebruik maakten van een "anonieme OV-chipkaart". Er werd toen niets gezegd over "frauderisico" wanneer er met privacy gereisd werd. Pas nadat de misleiding als gevolg een door mij gevoerde procedure via vragen van de AP aan Trans Link Systems werd onthuld, en de pretentie van respect voor privacy niet langer vol te houden viel, werd "fraudepreventie" een centraal argument (een zg. "doel") om de structurele privacy-schending van alle OV-reizigers zogenaamd te rechtvaardigen.

Uit de wisseling van door NS genoemde doelen van het OV-chipkaart-systeem moet geconcludeerd worden dat er maar twee mogelijkheden zijn:

- ofwel NS kreeg pas naderhand, toen het OV-chipkaart-systeem al was ingevoerd, ideeën over nieuwe "doelen" die met het systeem konden worden nagestreefd;
- ofwel NS heeft op enig moment, of mogelijk zelfs de hele tijd, gelogen over zijn werkelijke doelen met het systeem. Wellicht liegt NS daar nog steeds over. Een aanwijzing voor dat laatste vormen acties van NS die in 2019 aan het licht kwamen in verband met het

rondetafelgesprek van de Kamercommissie Infrastructuur en Waterstaat op 10 september 2019, waaraan ik namens Stichting Privacy First heb deelgenomen en waarover ik op 7 oktober 2019 een analyse heb gepubliceerd (*OV-data-jacht - op weg met surveillance corporatism* - zie uw dossier).

In beide gevallen is er sprake van onrechtmatig gedrag van NS in relatie tot privacy-regelgeving. Want ook de Wbp vereiste al dat reizigers wiens persoonsgegevens worden verwerkt, steeds correct worden geïnformeerd met welk doel dat gebeurt. Dat is aantoonbaar niet gebeurd. De AP had dit goed moeten onderzoeken. Dat heeft de AP niet gedaan, ondanks mijn talrijke verzoeken, en zelfs niet na de opdracht van de rechtbank medio 2016 (die een jaar later in hoger beroep werd bevestigd door uw Afdeling) om uitgebreider onderzoek te verrichten naar de OV-chipkaart.

Een besluit tot afwijzing van mijn handhavingsverzoek dat gebaseerd is op het ontbreken van informatie, waarbij dat ontbreken het gevolg is van een (openlijke of stilzwijgende) weigering van de toezichthouder/handhaver om adequaat onderzoek te verrichten, is niet rechtmatig.

Maar het begrip "rechtmatigheid" verliest natuurlijk zijn betekenis als we eigenlijk niet in een rechtsstaat leven. De vraag of we in een rechtsstaat leven, ligt daarom nu ook aan uw Afdeling voor.

Uw Afdeling zal die vraag gaan beantwoorden door middel van de manier waarop u zult omgaan met deze casus. Als ook de hoogste bestuursrechter de feiten van deze zaak en het taakverzuim van de toezichthouder onder het vloerkleed veegt, dan zou mijn vraag of we (nog) in een rechtsstaat leven, daarmee beantwoord zijn.

3.1.7 Het private karakter van een contract is geen rechtvaardiging voor willekeur

Voorts probeert de AP het formeel private karakter van een "contract" in te zetten als middel om haar eigen taakverzuim te legaliseren en de willekeurige verwerking van persoonsgegevens te rechtvaardigen. De AP schrijft achter randnummer 13 van haar verweerschrift:

13. De rechtbank heeft in de aangevallen uitspraken terecht vastgesteld dat aan alle drie de in geding zijnde verwerkingen van persoonsgegevens een overeenkomst ten grondslag ligt, maar zich verder onthouden van een inhoudelijk oordeel over die overeenkomsten voor zover de heer Jonker de rechtsgeldigheid daarvan betwist, nu alleen de civiele rechter daartoe bevoegd is.

Op deze manier poogt de AP de verwerking van persoonsgegevens door NS te *framen* (in goed Nederlands: af te schilderen) als een kwestie waarover de AP, ondanks haar functie als privacy-toezichthouder, niet zou kunnen oordelen omdat het de inhoud van een private overeenkomst (een contract) betreft.

Dat is een misvatting. De AP dient als privacy-toezichthouder namelijk niet de rechtmatigheid van een contract op zichzelf te beoordelen, maar de rechtmatigheid van gegevensverwerking, ook in gevallen waarin die gegevensverwerking is vastgelegd in een privaat contract.

De vraag naar de (on)rechtmatigheid van een contract is voor de AP op twee manieren relevant, namelijk:

(1) in zoverre het antwoord op die vraag in een specifiek geval iets zegt over de rechtmatigheid van een bepaalde gegevensverwerking waarover de AP een beslissing moet nemen;
(2) in zoverre uit de onrechtmatigheid van een bepaalde gegevensverwerking volgt dat (uitvoering van) een contract waarin die gegevensverwerking is vastgelegd, leidt tot strijd met privacy-regelgeving. In dat geval is het contract, vanwege de strijd met privacy-regelgeving die het oplevert, op dat punt onrechtmatig en dient de AP daar rechtstreeks tegen op te treden, met het oog op de wettelijke taak van de AP om een "hoog, volledig en doeltreffend beschermingsniveau op het gebied van privacy" te realiseren.

Het burgerlijk recht (waarin de civiele rechter bevoegd is) gaat niet boven het EVRM of boven de wettelijke taak van de AP die mede voortvloeit uit artikel 8 EVRM en de Wbp/ de AVG.

De poging van de AP om zichzelf, haar eigen wettelijke taak en artikel 8 EVRM uit te schakelen met een beroep op een door twee private partijen afgesloten overeenkomst, faalt - als we tenminste in een rechtsstaat leven die haar verdragsrechtelijke en wettelijke verplichtingen nakomt.

Als Jan en Piet met z'n tweetjes, als particulieren, besluiten en in een contract vastleggen dat inbraak in het huis van Klaas voortaan is toegestaan en dat de politie zich daar buiten moet houden, dan zal de politie daarvan niet erg onder de indruk zijn. Immers, zo'n contract staat niet boven geldende wet- en regelgeving (bijvoorbeeld het strafrecht).

Maar als NS besluit dat NS aan Michiel een wurgcontract ("algemene voorwaarden") oplegt waarin staat dat NS Michiels persoonlijke reisgegevens mag roven, dan is de AP daar enorm van onder de indruk. Alsof de AP denkt dat zo'n contract boven de wet staat en dus, ongeacht de willekeurige inhoud ervan, per definitie in overeenstemming is met privacy-regelgeving.

Vreemd. Want de AP zou een toezichthouder moeten zijn die de wet handhaaft, geen lakei van NS die gehoorzaamt aan een door NS opgesteld (pseudo-)contract. Wat is hier eigenlijk aan de hand?

Gevalletje corruptie? Maar wat voor soort corruptie dan? Is de formeel "onafhankelijke" AP misschien eigenlijk de onderaannemer van een mafiose organisatie? Maar welke organisatie zou dat dan kunnen zijn? Ik zie in Nederland alleen maar nette mensen met vriendelijke gezichten, nette colbertjes en netjes gekamde haren... En ze zeggen allemaal dat ze de wet respecteren. Zulke keurige mensen doen toch geen nare dingen? Oh, de toeslagenaffaire... Het SyRI-systeem... De Nationale Zorgautoriteit die haar enige integere medewerker de dood in dreef... ach ja, incidentjes.

Hoe dat ook zij, als twee private partijen, door middel van het afsluiten van een onderling contract met een door hen naar eigen willekeur opgestelde inhoud, de Autoriteit Persoonsgegevens haar bevoegdheid zouden kunnen afnemen om handhavend tegen hen op te treden, zouden we niet in een rechtsstaat leven.

Ik hoop dat uw Afdeling zal bevestigen dat de AP haar eigen bevoegdheid niet aan de wilgen mag hangen.

3.1.8 Het voorhanden zijn van de eis van een gerechtvaardigd doel vormt op zichzelf geen waarborg tegen willekeur bij de verwerking van persoonsgegevens

De AP probeert het blote voorhanden zijn van de wettelijke eis van een "gerechtvaardigd doel" op te voeren alsof dat in zichzelf reeds een waarborg zou vormen tegen willekeur bij de verwerking van persoonsgegevens. Kennelijk probeert de AP uw Afdeling op die manier gerust te stellen en in slaap te sussen. De AP schrijft onder randnummer 13 van haar verweerschrift:

13. (...) Onder meer de beperkingen die voortvloeien uit de artikelen 7 en 8 van de Wbp, zoals het vereiste dat persoonsgegevens voor gerechtvaardigde doelen worden verwerkt, dat de verwerking noodzakelijk kan worden geacht voor de uitvoering van een overeenkomst en dat daarbij wordt voldaan aan de vereisten van noodzaak, inclusief de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, staan in de weg aan willekeurige verwerking van persoonsgegevens.

Dat is onjuist. Als de AP een willekeurig doel, hoe vaag ook omschreven, als "gerechtvaardigd" opvat, en willekeurige activiteiten bij het nastreven van dat nominale doel beschouwt als "noodzakelijk voor de uitvoering van het doel", "proportioneel" en "in overeenstemming met het beginsel van subsidiariteit", dan staat er niets in de weg aan willekeurige verwerking van persoonsgegevens.

De enige manier om waarborgen tegen willekeur te creëren, is het verband te leggen tussen enerzijds de mooie woorden in wetsteksten ("gerechtvaardigdheid", "noodzaak", "proportionaliteit", "subsidiariteit") en anderzijds de reële, feitelijke situatie waarop die wetsteksten betrekking hebben, in dit geval: de reële situatie waarin de verwerking van persoonsgegevens plaatsvindt. En dat is precies wat ik in mijn uitgebreide motiveringen heb proberen te doen.

Het is voor autoriteiten die behoren tot een staat die beschikt over een geweldsmonopolie, altijd mogelijk te blijven wegstijven van de werkelijkheid en ondertussen zulke fraaie woorden te blijven uiten. Hoe goed ik mijn standpunten ook motiveer, als de machthebbers (wetgevend, rechtsprekend, "uitvoerend") willen wegstijven, kan ik dat niet verhinderen. Het enige wat de machthebbers in dit verband op hun beurt niet kunnen verhinderen, is dat ik persoonlijk mijn conclusies trek over hun houding, hun gedrag en over het al dan niet bestaan van onze "rechtsstaat".

Vervolgens kunnen die autoriteiten, als ze dat willen, waarschijnlijk wel verhinderen dat mijn eventuele publieke communicatie over mijn bevindingen een substantieel publiek bereikt.

De enigen die een waarborg tegen willekeur kunnen vormen, zijn dus de functionarissen die beschikken over beslissingsmacht als vertegenwoordigers van autoriteiten (d.w.z. bestuurders en sommige van hun hogergeplaatste ondergeschikten). Bijvoorbeeld de voorzitter van de AP. Of de leden van uw Afdeling.

Geconcludeerd moet worden dat de AP tot dusverre kiest voor het gedogen, goedpraten en legaliseren van de willekeur van NS en het polder-conglomeraat waarvan NS deel uitmaakt. De vraag is nu naar de implicaties daarvan voor dit hoger beroep.

3.2 Implicaties als willekeur de bedoeling van de wet zou zijn

Als de in paragraaf 3.1 besproken interpretatie die de AP aan privacy-regelgeving geeft, zou kloppen, dan zou dat betekenen dat het EVRM, de AVG (en voorheen de Wbp) willekeurige verwerking van de persoonsgegevens toestaan, zonder dat de betrokkene daarvoor toestemming hoeft te geven, mits die willekeurige verwerking maar wordt vastgelegd in een privaat contract waarin met wat mooie, algemene, abstracte "gerechtvaardigde doelen" wordt gezwaaid.

Artikel 8 EVRM en de AVG zouden dan papieren tijgers zijn die in werkelijkheid geen bescherming bieden op het gebied van privacy.

Of de interpretatie van de AP geacht moet worden in overeenstemming te zijn met de bedoeling van de wet, wordt bepaald door de rechters van uw Afdeling, en eventueel door Europese rechters als uw Afdeling aan hen prejudiciële vragen zou stellen, of als ik na een uitspraak van uw Afdeling daar een verzoekschrift zou indienen dat de zeer hoge hindernis van de Europese "ontvankelijkheidstoets" zou overwinnen.

Als het zou blijken dat het volgens uw Afdeling de bedoeling van de wet is om mijn privacy alleen in naam te beschermen, maar niet echt, dan rest mij als persoon niets anders dan mijn conclusies te trekken en die (voor zover nog mogelijk) wereldkundig te maken.

Ik zou dan kunnen gaan overwegen om in volgende verkiezingen te gaan stemmen op partijen die allerlei nutteloze gebleken instituties van de rechtsstaat willen afschaffen, of zodanig inkrimpen dat ze geen substantiële last meer vormen voor het budget. De AP kan bijvoorbeeld ook best bestaan uit drie functionarissen: een voorzitter, een secretaresse en een chauffeur om de voorzitter naar privacy-conferenties te rijden, waar hij dan bevlogen kan praten over het belang van privacy voor ons allemaal en hoe goed dat in Nederland allemaal geregeld is. Dat is veel goedkoper, terwijl de kernfunctie van de AP op die manier volledig behouden blijft.

En dan zal ik ook echt niet meer moeilijk doen als de overheid een camera in elke kamer van mijn woning wil plaatsen t.b.v. preventie van "risico's voor de volksgezondheid". Of als er een plicht wordt ingevoerd om buitenshuis een niet-vergrendelde smartphone bij je te hebben, zodat de politie meteen, stand-alone, kan controleren met wie je het meest recent een gesprek hebt gevoerd en waar je zonet bent geweest. Dit ten behoeve van "veiligheid", "sociale veiligheid", "fraudepreventie", "volksgezondheid" en ook gewoon omdat het kan. Het hoort er dan gewoon bij.

Zoals het er ook bijhoort dat 400.000 Israëli's onlangs op grond van door de Israëlische geheime dienst uit hun telefoons gelezen gegevens ten onrechte in quarantaine zijn geplaatst. En dat de persoonsgegevens van tienduizenden corona-geteste Nederlanders commercieel zijn verhandeld.³

Misschien moet het eerst aanzienlijk slechter worden voordat het beter kan worden. Maar zover is het nog niet. In de volgende paragraaf (3.3) zal ik onderbouwen waarom willekeur juist niet de bedoeling van de wet kan zijn. Immers, ik mag nu nog proberen u te overtuigen.

³ Zie: https://www.nu.nl/tech/6102591/honderdduizenden-israeliers-onterecht-in-quarantaine-na-uitlezen-telefoon.html#coral_talk_wrapper (18-1-2021); en: <https://www.nu.nl/tech/6110856/privegegevens-uit-coronasystemen-ggd-werden-illegaal-verhandeld.html> (26-1-2021).

3.3 Waaron willekeur niet de bedoeling van de wet kan zijn

De reden waarom de toelaatbaarheid van feitelijke willekeur niet de bedoeling van de wet kan zijn, is gelegen in artikel 8 lid 2 EVRM. Dat artikellid geeft aan wanneer een inbreuk op de privacy zonder instemming van de betrokkene gerechtvaardigd is. Dit is alleen het geval indien zo'n inbreuk "noodzakelijk is in een democratische samenleving" met het oog op bepaalde, in dat artikellid limitatief opgesomde doelen, waaronder "nationale veiligheid" en "het economische welzijn van het land".

Het doel van "Fraudepreventie" in de zin van het voorkomen dat mensen sjoemelen met treinkaartjes, hoort niet bij de doelen die in artikel 8 lid 2 EVRM worden genoemd, en rechtvaardigt dus (nog los van de vraag of dit het werkelijke doel van NS was bij de invoering van het OV-chipkaart-systeem) geen inbreuk op het grondrecht dat ieders privé-leven geëerbiedigd moet worden. Eventueel gesjoemel met treinkaartjes of incidenteel zwartrijden vormt geen bedreiging van het economische welzijn van Nederland, en ook geen bedreiging voor het economische welzijn van NS.

Als NS dit doel, ondanks het ontbreken van enige noodzaak in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM, toch nastreeft door middel van een door NS eenzijdig aan de reiziger opgelegde verwerking van diens persoonsgegevens, dan is er sprake van strijd met artikel 8 EVRM, en daarmee ook van overtreding van artikel 8 onder b Wbp / art. 6 lid 1 onder b AVG. Immers, artikel 8 Wbp en art. 6 AVG moeten worden geïnterpreteerd in overeenstemming met artikel 8 lid 2 EVRM.

Het kan niet de bedoeling van de art. 8 Wbp of art. 6 AVG zijn om daarmee art. 8 EVRM te overtreden of te omzeilen. Daarom kan het niet de bedoeling van art. 8 Wbp of art. 6 AVG zijn om een wettelijke grondslag te verschaffen voor de onvrijwillige verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van willekeurige doelen, ongeacht of die doelen genoemd worden in art. 8 lid 2 EVRM of niet.

3.4 Andere interpretatie die wel recht doet aan de bedoeling van de wet

Als de interpretatie die de AP aan artikel 8 Wbp en artikel 6 AVG wil geven met betrekking tot relevantie van een door NS afgesloten "contract", niet klopt (zoals ik in de vorige paragraaf heb onderbouwd), dan is de volgende vraag hoe artikel 8 onder b Wbp en artikel 6 lid 1 onder b AVG dan wèl op een correcte manier kunnen worden geïnterpreteerd.

Ik heb de manier waarop artikel 8 onder b Wbp en artikel 6 lid 1 onder b AVG kunnen en moeten worden geïnterpreteerd, besproken in paragraaf 4.6 ("Contract voor privacy-inbreuk biedt alleen onder voorwaarden een rechtsgrond"; pp. 65-76) van de motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn onderhavige hoger beroep.

De AP gaat in haar verweerschrift niet in op dat onderdeel van mijn motivering, maar herhaalt slechts haar eigen interpretatie, ondanks de strijd daarvan met artikel 8 EVRM. Dat is niet redelijk.

4 Rechtstreekse toetsing aan het EVRM - maar de AP wil iets heel anders

Kennelijk beseft de AP zelf ook dat er iets niet in de haak is met haar interpretatie van de Wbp/AVG. Maar in plaats van daaruit consequenties te trekken, kiest de AP voor een vlucht naar voren. Als haar interpretatie van Wbp/AVG niet voldoet aan artikel 8 EVRM, dan zet de AP gewoon het beoordelingskader op zijn kop, door de toetsing van lagere wetgeving aan hogere wetgeving om te draaien, en te veranderen in een toetsing van hogere wetgeving aan lagere wetgeving.

Niet langer wil de AP haar toepassing van Wbp/AVG toetsen aan artikel 8 EVRM. Nee, nu wil de AP haar interpretatie van artikel 8 EVRM toetsen aan haar interpretatie van Wbp/AVG. De AP schrijft namelijk onder randnummers 14 en 15 van haar verweerschrift:

14. Voor zover de heer Jonker betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft nagelaten om apart te toetsen aan artikel 8 van het Europees Verdrag betreffende de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), faalt dat betoog. (...) 15. (...) Dit bracht de rechtbank tot de conclusie dat de vaststelling van de AP dat NS de Wbp niet had overtreden, ook inhield dat artikel 8 van het EVRM niet was overtreden. Uit dit oordeel van de rechtbank blijkt dat in zoverre geen aanvullende betekenis toekwam aan artikel 8 van het EVRM. Ditzelfde geldt voor de vaststelling van de AP dat NS voor de in geding zijnde verwerkingen van persoonsgegevens een grondslag heeft kunnen vinden in artikel 8, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wbp. Een zelfstandige, aanvullende toets aan artikel 8 van het EVRM is daarmee, anders dan de heer Jonker betoogt, niet vereist.

Ik hoor graag van uw Afdeling of u, met de AP, van mening bent dat het paard op deze manier achter de wagen moet worden gespannen en dat (rechtstreekse toetsing aan) het EVRM op deze manier mag of zelfs moet worden uitgeschakeld. Als u die mening zou zijn toegedaan, weten we zeker dat Nederland geen rechtsstaat meer is.

De logica van de AP is vergelijkbaar met een grote straatjongen die een kleinere jongen in elkaar slaat [*weigering handhaving bij inbreuk op privacy met beroep op interpretatie door AP van art. 8Wbp/6AVG*].

De kleinere jongen roept huilend: "Maar ik had toch niks gedaan?" [*dat is toch in strijd met artikel 8 EVRM?*]

De grotere jongen: "Ik heb je toch in elkaar gelagen? Dan moet jij wel wat hebben gedaan." [*uit interpretatie door AP van art. 8Wbp/6AVG blijkt dat art. 8 EVRM niet relevant is en daar niet aan getoetst hoeft te worden.*]

Oh, ja... dat had dat kleine jongetje nog niet goed begrepen... Want het recht van de sterkste gaat natuurlijk boven een mensenrecht. Dit is het niveau waartoe de AP zich verlaagt.

Of dat werkelijk, zoals de AP beweert, in overeenstemming is met de door de AP genoemde uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 30 augustus 2019, valt nog te bezien. Ik kan die uitspraak op dit moment niet checken. Mocht dat zo zijn, dan hoop ik dat uw Afdeling op dit punt tevens de rechtbank Midden-Nederland corrigeert.

5 Verklaring voor gedrag AP en rechtbank: bestuurlijke groepsnorm van kwade trouw

Gezien de overduidelijke intelligentie van de vertegenwoordigers van de AP, is het zeer waarschijnlijk dat zij hun onrechtsstatelijke argumenten tegen beter weten in naar voren brengen. Dat is een vorm van kwade trouw.

De vraag die mij in dit geval, en ook in vele andere gevallen heeft beziggehouden, is wat mensen motiveert om te kwader trouw te handelen. Het heeft vermoedelijk te maken met één of andere vorm van druk waaronder zij zich voelen staan, en waardoor zij zich genoodzaakt zien "hun ziel aan de duivel te verkopen".

Meestal gaat dit gepaard met een ontkenning en een onderdrukking van het bewustzijn ten aanzien van de ware aard van het eigen gedrag, ter vermijding van cognitieve dissonantie en ter vermijding van ondermijning van het positieve zelfbeeld.

Ik heb daar vele voorbeelden van gezien, en ook literaire beschrijvingen ervan (bijv. *Mephisto - Roman einer Karriere* - van Klaus Mann). In een interview op 8 januari 2020 met Rico Brouwer heb ik verwezen naar het boek *De meeste mensen deugen* van Rutger Bregman, en daarbij opgemerkt: "De meeste mensen deugen, maar de meeste mensen zitten ook verstrikt in machtsmechanismen."

Er lijkt sprake te zijn van een groepsnorm in bijna alle Nederlandse overheidsorganisaties waarvan ik iets heb gezien, waardoor medewerkers, als ze moeten kiezen tussen hun geweten en de wensen van hun bazen, ervoor kiezen om te kwader trouw te handelen en dat vervolgens voor zichzelf goed te praten. De twee "senior adviseurs" die de onderhavige casus voor de AP behandelen, lijken geen uitzondering te vormen op deze regel.

De lagere rechters die mijn beroepen inzake privacy in het OV hebben behandeld, lijken verstrikt te zitten in vergelijkbare machtsmechanismen.

Ik kan alleen maar hopen dat de leden van uw Afdeling die deze zaak behandelen, beschikken over meer onafhankelijkheid, zelfbewustzijn en morele ruggegraat - in het belang van ons allemaal.

6 Conclusie: Hobbesiaanse privatisering van het recht is einde van privacy en rechtsstaat

De manier waarop NS probeert om privacy-regels (artikel 8 EVRM) te omzeilen door middel van het dwingend opleggen van een privacy-schendend "contract" (algemene voorwaarden) aan OV-reizigers, en de manier waarop de AP haar handhavingsplicht tracht te omzeilen met een beroep op datzelfde, door de NS opgelegde "contract", is een voorbeeld van een Hobbesiaanse manoeuvre: het verpakken van brute machtsuitoefening in een legaal contract, om er een schijn van legitimiteit aan te geven.

Het gaat hier om een privatisering van machtsuitoefening, die de afgelopen decennia onder het neoliberalisme een enorme vlucht heeft genomen, en die in essentie een privatisering van *machtsmisbruik* behelst, om te verhinderen dat men effectief op dat machtsmisbruik kan worden aangesproken.

De formele, democratisch gelegitimeerde overheid speelt de "good cop" die niks kan, want ja, dat is in het verleden overgeheveld naar een externe/(semi-)private organisatie. En die organisatie doet alsof zijn neus bloedt, want "we houden ons toch aan de geldende regels? Nou dan."

In het verlengde hiervan is er inmiddels ook sprake van een verholde privatisering van de rechtspraak. Dat werkt als volgt. De bestuursrechter ziet zichzelf alleen nog als arbiter tussen twee "partijen" die tegen elkaar opkomen, en trekt zich zover mogelijk terug, zodat de machtigste partij (het bestuursorgaan) zoveel mogelijk vrij baan krijgt om de zwakste partij (de burger) juridisch te verpletteren. De bestuursrechter ziet in de praktijk voor zichzelf geen eigen verantwoordelijkheid meer om, ook los van de wensen van de partijen, middels pro-actief onderzoek, normgeving en voorbeeldwerking de rechtsstaat te handhaven.

Het bestuursrecht is op deze manier vervallen tot "nachtwakersrecht" (naar analogie van de "nachtwakersstaat").

"Nachtwakersrecht" is een vorm van interen op de verworvenheden van de rechtsstaat, die op de langere duur leidt tot ontmanteling van de rechtsstaat, en dus het einde ervan.

Het is aan uw Afdeling om, via uw rechtspraak in elke casus, mede vorm te geven aan de toekomst van de Nederlandse en de Europese rechtsstaat. Van mijn kant, in mijn rol als burger, heb ik in ieder geval alles gedaan wat ik kon. Ik kan mezelf recht in de spiegel aankijken.

Ik hoop voor elk lid van uw Afdeling dat u, eenmaal aan het eind van uw carrière, straks hetzelfde zult kunnen doen.

Met vriendelijke groet,

Michiel Jonker

cc. Autoriteit Persoonsgegevens; NS; Connexxion; Stichting Privacy First; Voor Beter OV