

M. Jonker

Arnhem

20 juni 2022

AANTEKENEN

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

Onderwerp: Hoger beroep tegen afwijzing handhavingsverzoek door AP inzake weigering van contante, privacy-vriendelijke betaling door Focus Filmtheater en bijbehorend café

Edelachtbare,

Hiermee dien ik hoger beroep in tegen de uitspraak van de Rechtbank Gelderland d.d. 16 mei 2022 op mijn beroep inzake de weigering van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) om handhavend op te treden tegen de weigering van arthouse-bioscoop Focus Filmtheater te Arnhem om contante, privacy-vriendelijke betaling te accepteren bij de verkoop van bioscoopkaartjes en in de bijbehorende horecagelegenheid. Het zaaknummer van de rechtbank is ARN 20/68 WET. De uitspraak van de rechtbank is gepubliceerd onder ECLI-nummer: ECLI:NL:RBGEL:2022:2431.

**Inhoudsopgave van dit beroepschrift:**

	Pag.	
1	Inleiding en procesverloop	
1.1	Inleiding - uw Afdeling als tussenstop op weg naar het EHRM	3
1.2	Procesverloop	4
2	Beoordelingskader	
2.1	Kernbelang: privacy als voorwaarde voor contactruimte en culturele participatie	6
2.2	De functie van arthouse-films en de mogelijkheid die anoniem te zien	7
2.3	Verband tussen privacy en contante betaling ( <i>proportionaliteit; wetgeving</i> )	9
2.4	Cumulatie, discriminatie, voorbereidende handelingen en normalisering	23
2.5	Overmacht en structurele ondermijning van individueel recht op privacy	28
2.6	Reële privacy als handhavingscriterium conform artikel 8 EVRM	31
2.7	De taak van de AP als toezichthouder	37
2.8	De taak van de rechter	41
3	Reactie op de argumentatie van de AP	
3.1	Gebreken in het door de AP gehanteerde beoordelingskader	45
3.2	Zogenaamd "contract" als vrijbrief voor willekeur	51
3.3	Noodzaak voor weigering contante betaling niet aangetoond	52
3.4	Niet voldaan aan subsidiariteit met pinbetaling, webshop of bioscoopbon	58
3.5	"Boterzacht" - ontbrekende waarborgen; geen echte belangenafweging	61

4	Reactie op de argumenten in de uitspraak van de rechtbank	
4.1	Weergave standpunten	96
4.2	De feiten van de zaak - de rechtbank beperkt zich tot een veel te kleine selectie daarvan	96
4.3	Het door de rechtbank gehanteerde toetsingskader	96
4.4	Overwegingen rechtbank m.b.t. het doel van de gegevensverwerking	100
	- 4.4.1 Doel: veiligheid medewerkers	
	- 4.4.2 Doel: correcte levering van het bioscoopkaartje	
4.5	Overwegingen rechtbank m.b.t. noodzakelijkheid gegevensverwerking	102
4.6	Overwegingen rechtbank m.b.t. subsidiariteit (alternatieven)	105
4.7	Overwegingen rechtbank m.b.t. proportionaliteit	106
4.8	Overwegingen rechtbank m.b.t. waarborgen (veiligheid gegevens)	108
4.9	Conclusie ten aanzien van de overwegingen van de rechtbank	111
5	Verzoek aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State	
5.1	Verzoek om het stellen van prejudiciële vragen	115
	- <i>Misbruik van contractbegrip</i>	
	- <i>Ontbreken van welbepaaldheid en uitdrukkelijke omschrevenheid</i>	
	- <i>Verwarring tussen gerechtvaardigdheid en noodzaak</i>	
5.2	Verzoek om vernietiging uitspraak rechtbank en besluit op bezwaar	116

## 1 Inleiding en procesverloop

### 1.1 Inleiding - uw Afdeling als tussenstop op weg naar het EHRM

Ik dien dit hoger beroep in zonder de illusie dat de Afdeling bestuursrechtspraak aanleiding zal zien het gegrond te verklaren. De reden hiervoor is dat uw Afdeling in enkele andere, door mij recentelijk gevoerde rechtszaken reeds tot oordelen bent gekomen die duidelijk maken dat uw Afdeling weigert de privacy van Nederlandse burgers serieus te beschermen. Dit blijkt uit:

(a) uw interpretatie van de AVG; in combinatie met

(b) uw weigering, in strijd met uw wettelijke plicht, om gegevensbeschermingszaken ook rechtstreeks aan het Europese Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) te toetsen, omdat u ten onrechte vindt dat de AVG geacht kan worden alle door het EVRM beoogde bescherming te bieden, waardoor rechtstreekse toetsing aan het EVRM volgens u niet langer nodig is.

Het gaat hierbij om uw uitspraken in de volgende zaken:

- ECLI:NL:RVS:2021:1420 (Arnhemse afvalpas; 30 juni 2021)
- ECLI:NL:RVS:2021:2509 (privacy-discriminatie zg. "anonieme" OV-chipkaart; 10 nov. 2021)
- ECLI:NL:RVS:2021:2511 (weigering contante betaling in de bus; 10 nov. 2021)
- ECLI:NL:RVS:2021:2514 (o.a. eis persoonsgegevens voor internationale tickets (10 nov. 2021))

Een voorbeeld van uw weigering privacy serieus te beschermen is de onjuiste, kennelijke aanname van uw Afdeling dat elk "gerechtvaardigd doel" zoals bedoeld in artikel 5 AVG automatisch ook betekent dat een met dat doel uitgevoerde gegevensverwerking "nodig is in een democratische samenleving" zoals bedoeld in artikel 8, tweede lid van het EVRM.

U kunt mijn kritiek op deze en een aantal andere cruciale misinterpretaties van uw Afdeling terugvinden in mijn verzoekschrift d.d. 25 februari 2022 aan het EHRM, getiteld ***Public Transport - a Railroad to Surveillance?; Piecemeal elimination of Privacy by Discriminatory Means***. De hoofdtekst hiervan treft u als bijlage bij dit hoger beroepschrift. U kunt die tekst ook online vinden via: <https://www.privacyfirst.nl/images/stories/ov-chipkaart/2022-02-25-Railroad-to-Surveillance-text-application-and-annex.pdf> (engelstalig)

Als gevolg van de houding die uw Afdeling heeft aangenomen en de onjuiste wetsinterpretaties waarvoor u tot dusverre heeft gekozen, acht ik de kans klein dat uw Afdeling het onderhavige hoger beroep gegrond zult verklaren. Ik zie mij als rechtzoekende echter genoodzaakt eerst een beroep te doen op alle nationale rechtsmiddelen. Pas daarna maak ik een kans op toegang tot de rechtsbescherming die het EHRM aan burgers beoogt te bieden, of althans zou moeten bieden.

Omdat de rechtbank nauwelijks inging op de argumenten in mijn beroepschrift, maar voornamelijk het script (de monoloog) van de AP herhaalde, herhaal ik in dit hoger beroepschrift de argumenten uit mijn beroep, in **paragrafen 2 en 3**. In **paragraaf 4** zal ik ingaan op de tekst van de uitspraak van de rechtbank. In **paragraaf 5** treft u mijn verzoeken aan uw Afdeling m.b.t. het stellen van prejudiciële vragen en m.b.t. de door mij gevraagde uitspraak van uw Afdeling.

Van uw medewerkers heb ik in eerdere zaken begrepen dat ik alleen de thans bestreden uitspraak als bijlage mee hoeft te sturen, de rest van het dossier wordt u dan door de rechtbank toegestuurd. Desgewenst kan ik u alsnog de overige stukken toesturen.

## 1.2 Procesverloop

Op 17 augustus 2018 dient Jonker bij de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) een handhavingsverzoek in tegen de weigering van de arthouse-bioscoop Focus Filmtheater in mijn woonplaats Arnhem om contante, privacy-vriendelijke betaling te accepteren als ik een toegangsbewijs voor een film koop, en op de weigering van het aan deze bioscoop gelieerde café Focus Eten en Drinken om contante betaling te accepteren.

Bij brief van 19 september 2018 vraagt de AP Focus Filmtheater om een zienswijze, die Focus Filmtheater bij brief van 26 september 2018 aan de AP toestuurt.

Bij brief van 23 oktober 2018 vraagt de AP Focus Filmtheater om een aanvullende zienswijze, die Focus Filmtheater op 6 november 2018 aan de AP toestuurt.

Bij besluit van 16 april 2019 wijst de AP dit handhavingsverzoek af.

Op 19 april 2019 dient Jonker tegen die afwijzing een bezwaarschrift in. Daarbij verzoekt Jonker met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) tevens om toezending van de op de zaak betrekking hebbende stukken (met name de correspondentie tussen de AP en Focus Filmtheater).

Bij brief van 29 april 2019 nodigt de AP Jonker uit om zijn bezwaar toe te lichten op een hoorzitting, waarbij ook Focus Filmtheater als belanghebbende wordt uitgenodigd.

Bij brief van 24 mei 2019 stuurt de AP aan Jonker de onderliggende stukken in de procedure toe.

Bij brief van 11 juni 2019 geeft Focus Filmtheater aan de AP te kennen dat zij niet bij de hoorzitting aanwezig kan zijn. In plaats daarvan dient Focus Filmtheater een schriftelijke zienswijze in.

Bij brief van 12 juni 2019 reageert Jonker schriftelijk op de zienswijze van Focus Filmtheater en op de op 24 mei toegestuurde, onderliggende stukken.

Op 13 juni 2019 wordt in overleg tussen Jonker en de AP besloten van een mondelinge hoorzitting af te zien, waarbij wordt afgesproken dat de AP eventuele vervolgvragen schriftelijk aan Jonker zal voorleggen. (Nadien heeft de AP daartoe geen aanleiding gezien.)

Eveneens op 13 juni 2019 bevestigt Jonker telefonisch en per email dat hij het in zijn bezwaarschrift vervatte Wob-verzoek intrekt naar aanleiding van de op 24 mei 2019 toegezonden stukken.

Bij brief van 5 juli 2019 verdaagt de AP de beslistermijn in de bezwaarprocedure op grond van artikel 7:10, derde lid, Awb, tot uiterlijk 20 augustus 2019.

Bij brief van 20 augustus 2019 stelt de AP de beslistermijn verder uit, ditmaal tot uiterlijk 1 oktober 2019.

Op 5 september 2019 doet de Rechtbank Gelderland in twee andere zaken (privacy-schendingen door NS met de zg. "anonieme" OV-chipkaart, en privacy-schending met de Arnhemse afvalpas) uitspraak. In die uitspraken stelt de rechtbank zich op het standpunt dat een door een verwerkingsverantwoordelijke algemeen geformuleerde doelstelling (bijv. "veiligheid" of "fraudepreventie") in combinatie met door de verwerkingsverantwoordelijke eenzijdig opgelegde bepalingen in een gepostuleerde "overeenkomst" ("contract"), een wettelijke grondslag (ex art. 6 lid 1 onder b) AVG) zouden bieden voor de verwerking van persoonsgegevens zonder de instemming van de betrokkene. Hiermee geeft de rechtbank naar de mening van Jonker een **vrijbrief aan verwerkingsverantwoordelijken om met willekeur persoonsgegevens te verwerken in situaties waarin betrokkenen afhankelijk zijn van de dienstverlening van een verwerkingsverantwoordelijke** (ongeacht of het gaat om dienstverlening in de vorm van openbaar vervoer, of in de vorm van het bieden van de mogelijkheid om maatschappelijk relevante films te zien). Als deze vrijbrief voor willekeur juridisch standhoudt, heeft dat consequenties voor de zaak m.b.t. de weigering van contante betaling door Focus Filmtheater. Ook die weigering zal dan immers met een beroep op deze vrijbrief door de rechtbank toelaatbaar worden geacht.

Op 10 september 2019 dient Jonker bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) hoger beroep in tegen de rechterlijke uitspraak m.b.t. de Arnhemse afvalpas.

Per email van 1 oktober 2019 bericht de AP aan Jonker dat de beslistermijn m.b.t. het bezwaar inzake Focus Filmtheater voor de derde maal is verlengd, ditmaal tot uiterlijk "vier weken" na die datum.

Op 9 oktober 2019 dient Jonker bij de ABRvS hoger beroep in tegen de rechterlijke uitspraak m.b.t. de OV-chipkaart. Op 29 oktober 2019 motiveert Jonker dit hoger beroep.

Op 27 november 2019 verklaart de AP Jonkers bezwaar tegen de weigering van de AP om te handhaven m.b.t. de weigering van contante betaling door Focus Filmtheater ongegrond.

Op 6 januari 2020 dient Jonker bij de Rechtbank Gelderland beroep in tegen het besluit op bezwaar van de AP

Op 30 juni 2021 verklaart de ABRvS Jonkers hoger beroep inzake de Arnhemse afvalpas ongegrond.

Op 10 november 2021 verklaart de ABRvS Jonkers hoger beroepen inzake privacy in het OV ongegrond.

Op 8 februari 2022 houdt de Rechtbank Gelderland zitting in de onderhavige zaak. Jonker en de vertegenwoordigers van de AP nemen per video-verbinding deel. Er wordt een video-opname van de gehele zitting gemaakt, die later online wordt geplaatst ([www.potkaars.nl](http://www.potkaars.nl), ook vindbaar via [www.privacyfirst.nl](http://www.privacyfirst.nl)).

Op 25 februari 2022 dient Jonker een verzoekschrift in bij het EHRM inzake privacy in het OV

Op 16 mei 2022 doet de rechtbank uitspraak in de onderhavige zaak (privacy en contante betaling in de bioscoop) en verklaart Jonkers beroep ongegrond.

## 2 Beoordelingskader

### 2.1 Kernbelang: privacy als voorwaarde voor contactruimte en culturele participatie

Zowel het functioneren en welbevinden van individuele mensen als het gezonde functioneren van onze samenleving en de democratische rechtsstaat is afhankelijk van de vrijheid van mensen om er een privé-leven op na te houden. De vrijheid bestaat alleen indien en voor zover hij door anderen (overheid, bedrijven, burgers) geëerbiedigd wordt.

Voor dit privé-leven is er ruimte in de persoonlijke levenssfeer (het "privé-leven") zoals bedoeld in artikel 8 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Deze persoonlijke levenssfeer moet worden opgevat als contactruimte, dat wil zeggen een voorwaardenscheppend geheel aan gerespecteerde ("geëerbiedigde") en voldoende beschermde mogelijkheden voor ieder mens om in vrijheid en veiligheid contact te maken met:

- a) zijn/haar eigen innerlijk (individuele bewustwording);
- b) andere mensen (dialoog, participatie, gezamenlijke bewustwording, besluitvorming);
- c) zijn/haar overige leefomgeving (cultuur, landschap, natuur).<sup>1</sup>

In elk van deze contactgebieden is er ruimte voor zowel "serieus en diepgaand" als "speels" contact. Die twee manieren van contact zijn altijd met elkaar verweven. Immers, leren en spelen zijn nauw met elkaar verbonden. Serieus onderzoek en serieuze dialoog vereisen speelsheid in het denken en voelen (omdat een mens zonder speelsheid niet openstaat voor nieuwe ervaringen en inzichten, en niks nieuws durft uit te proberen). Anderzijds vereist spel serieuze aandacht en opmerkzaamheid, omdat het anders beperkt blijft tot een rondrennen in steeds dezelfde, reeds bekende cirkeltjes. Een robot die keer op keer een programma uit hetzelfde lijstje uitvoert, is niet speels. Een consument die keer op keer passief "geniet" van de zoveelste superheldenfilm waarin hetzelfde patroon wordt afgedraaid, is ook niet erg speels. Maar een bewegende mens die op een modderig veldje voetbal speelt zonder het vreselijk belangrijk te vinden wie er wint of verliest, die is wel speels. Ook een reflecterende mens, bijv. een filmregisseur of filmkijker, die nieuwe manieren uitprobeert om de wereld te tonen of te zien, kan speels zijn.<sup>2</sup>

Het kennismaken van serieuze en tegelijk speelse cultuuruitingen is een onontbeerlijk deel van het maken van positief contact in alle drie bovengenoemde contactgebieden. In de huidige samenleving leveren films, samen met boeken, muziek, theater en beeldende kunst, een wezenlijke bijdrage aan zulk contact, en daarmee aan de mogelijkheden van mensen om maatschappelijk te participeren. Arthouse-films vervullen daarin een belangrijke rol, vanwege hun bijdrage aan maatschappelijke participatie. Het gaat hier om films waarin vaak kritisch naar bestaande maatschappelijke verhoudingen en conventies wordt gekeken. Niet voor niets worden vele arthouse-films geweerd uit en gecensureerd in landen met autoritaire regeringsvormen.

---

<sup>1</sup> De persoonlijke levenssfeer heeft dus een fysieke, een psychische en een sociale dimensie. Zie ook mijn pleitnota d.d. 16 december 2019 m.b.t. weigering contant geld door Connexion, uw zaaknr: ARN 19 / 2901. Uw rechtbank stond voorlezing van deze pleitnota ter zitting niet toe. U treft de pleitnota als bijlage bij dit beroepschrift. De pleitnota is ook gepubliceerd op: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtvelden/mobiliteit/item/1164-nieuwe-rechtszaken-michiel-jonker-tegen-privacyschendingen-in-het-openbaar-vervoer.html> (update 17 december 2019).

<sup>2</sup> Zie bijv.: Johan Huizinga: *Homo ludens* (1938); Rutger Bregman: *De meeste mensen deugen* (2019). Zie ook het concept van "positieve vrijheid" in Erich Fromm, *Fear of Freedom*, (1942), hoofdstuk VII (Freedom and Democracy), paragraaf 2 (Freedom and Spontaneity): "*Positive freedom consists in the spontaneous activity of the total, integrated personality*".

## 2.2 De functie van arthouse-films en de mogelijkheid die anoniem te zien

Het belang van arthouse-films als medium voor culturele participatie wordt onderkend door de overheid. Focus Filmtheater wordt financieel ondersteund door de gemeente Arnhem. Daarnaast wordt deze bioscoop, evenals “gewone” (oftewel "mainstream") bioscopen, ondersteund door de EU, via het netwerk “Europa Cinemas”.<sup>3</sup>

Om maatschappelijk te kunnen participeren met behoud van een privé-leven, dus zonder dat autoriteiten of andere (formeel private) machthebbers steeds kunnen meekijken met wat elke individu op dat gebied doet, is het nodig dat als er voor maatschappelijke participatie moet worden betaald, dit mogelijk is op een zodanige manier dat er niet onnodig persoonsgegevens worden verwerkt.

In het geval van arthouse-films, biedt alleen contante betaling deze mogelijkheid. Daarom moet deze betalingsmogelijkheid bij filmbezoek in stand worden gehouden.

### ***Focus Filmtheater***

Een arthouse-bioscoop zoals Focus Filmtheater te Arnhem vervult een publieke nutsfunctie. Dit is de enige plek in de stad en de omliggende regio ('ommelanden') waar burgers kennis kunnen nemen van recent uitgebrachte, kritische films over allerlei maatschappelijke onderwerpen. In het bijbehorende café kunnen ze daarover met elkaar in gesprek gaan. Voor de maatschappelijke participatie van burgers, en daarmee ook voor hun democratische participatie, is het belangrijk dat zij laagdrempelig toegang hebben en houden tot de in deze arthouse-bioscoop vertoonde films.

De gemeente Arnhem is zich ook van het belang van die publieke nutsfunctie bewust. Mede daarom heeft de gemeente het nieuwe bioscoopgebouw een omgevingsvergunning verleend op een zeer centrale plek in de stad, en de bouw gesubsidieerd met miljoenen euro's gemeenschaps-geld en door middel van deals met de betreffende, commerciële projectontwikkelaars.

<sup>3</sup> “Supported since its creation by the European Commission (Creative Europe / MEDIA Programme) and by the CNC (France), Europa Cinemas is the first network of cinemas focusing on European films. Created in 1992 at the initiative of a group of thirty cinema exhibitors, it has become in 25 years a network uniting more than 1,100 cinemas (nearly 3,000 screens) in 43 countries.

Its main objectives are to provide operational and financial support to cinemas that undertake to give a significant part of their screenings to non-national European films and to put in place activities for young audiences.

Thanks to Eurimages and the French Ministry of Foreign Affairs and International Development, Europa Cinemas' action extends to countries in Eastern Europe, the Balkans, Russia and Turkey. In addition, 42 screens (44 screens) in 42 cities in 31 countries in Europe and worldwide are also associated with the Europa Cinemas network under the partnership with the Institut Français.

Open to all types of cinemas, from the municipal ones to the multiplexes, the network has also expanded well beyond Europe according to the support programmes implemented: yesterday in Asia and Latin America through the Mundus programme, tomorrow in Canada via the Eurimages programme. Europa Cinemas thus contributes to making Europe and its cultural diversity a shared idea around the world.” (bron: <https://www.europa-cinemas.org/en/Presentation> Geraadpleegd: 18 april 2019.)

En: “Financial supports for cinemas – Creative Europe / MEDIA. OBJECTIVES: • **To increase European programming** in film theatres and to raise attendance, particularly with regard to European non-national films. • **To encourage exhibitors** to develop European initiatives aimed at **Young Audiences**. • **To promote diversity** within European programming. • **To develop a network** of theatres to enable joint initiatives at a national and European level.” (Bron: <https://www.europa-cinemas.org/en/activities/financial-supports/supports-for-programming-creative-europe-media> Geraadpleegd: 18 april 2019.)

De publieke nutsfunctie komt ook tot uiting in de missie-verklaring (modieus: 'mission statement') van Stichting Focus Filmtheater Arnhem:

"Focus Filmtheater Arnhem is een stichting zonder winstoogmerk en maakt als culturele instelling onderdeel uit van de gemeentelijke culturele basisinfrastructuur. (...) Leidend daarbij is de overtuiging dat het medium film naast zijn amusementswaarde, van grote betekenis kan zijn in persoonlijke, culturele en meer algemene maatschappelijke ontwikkelingen."<sup>4</sup>

De afgelopen jaren heeft er een professionalisering en institutionalisering van het Arnhemse filmtheater plaatsgevonden. Met de verhuizing naar de nieuwe locatie is de rol van vrijwilligers verkleind. De trend lijkt dat het gemeentebestuur en het bestuur van de nauw aan de gemeente gelieerde Stichting Focus Filmtheater Arnhem de bioscoop strakker willen kunnen aansturen. Er lijkt sprake van een verandering in de managementcultuur die op zichzelf al risico's met zich meebrengt als het gaat om de mogelijkheid om in het filmtheater ook controversiële films te zien.

In combinatie met het verwerken van persoonsgegevens van bezoekers van de bioscoop ontstaat er zo een situatie waarin de vrijheidsbevorderende en -ondersteunende functie van Focus Filmtheater makkelijk onder druk kan komen te staan, zodra zich concrete dilemma's aandienen. Bijvoorbeeld als er sprake is van een kritische film die weerstand oproept bij bepaalde groepen.

Zoals bekend, dienen zich de laatste jaren in landen met een (formeel) democratische en rechtsstatelijke bestuursvorm, bijvoorbeeld de Verenigde Staten en Europese landen, in toenemende mate dilemma's aan die raken aan de vrijheid van meningsuiting en de bescherming daarvan. Het maatschappelijke discours wordt grimmiger. Steeds meer overheden en andere instituties buigen voor sociale en/of politieke druk om in concrete gevallen geen 'platform' te bieden voor uitingen die deze of gene groep onwelgevallig zijn, of om kritische uitingen (bijvoorbeeld ten aanzien van het bestuur zelf) te interpreteren als strijdig met fatsoensregels, de openbare orde of zelfs de veiligheid. Ook komt het steeds vaker voor dat er informele of formele sancties worden getroffen tegen personen die zich over bepaalde zaken kritisch uiten. Bijvoorbeeld een politiefunctionaris die in zijn vrije tijd in een kroeg iets verkeerd zegt, of een academicus die tijdens een lezing een grapje maakt dat door sommigen als denigrerend wordt ervaren.

In dit gure sociale klimaat moeten alle beschikbare middelen worden ingezet om de sociale veiligheid van kritische participanten zoveel mogelijk te behouden, inclusief "het recht om vergeten te worden" na deelname aan een sociale gebeurtenis. Niet alleen voor parlementariërs, maar ook voor burgers moet er ruimte zijn om, met behoud van veiligheid, persoonlijk kennis te nemen van kritische uitingen, en zelf kritische uitingen te doen. Gelukkig is er wetgeving die op dat punt bescherming biedt - namelijk wetgeving ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Het feit dat Focus Filmtheater mede met publiek geld wordt gefinancierd, schept een extra verplichting om deze bioscoop en het bijbehorende café (dat alleen al op grond van de doelgroep functioneel en financieel verweven is met de bioscoop) toegankelijk te houden voor alle burgers, inclusief de burgers die prijs stellen op het behoud van hun privacy en die daarom contant willen betalen voor hun toegangsbewijzen en hun consumpties in het bioscoop-café.

---

<sup>4</sup> Bron: <https://www.focusarnhem.nl/over-focus/missie/> Geraadpleegd: 17 augustus 2018



### 2.3 Verband tussen privacy en contante betaling (*proportionaliteit; wetgeving*)

In de vorige paragraaf heb ik betoogd dat het belangrijk is om met behoud van privacy naar de arthouse-bioscoop te kunnen gaan. In deze paragraaf zal ik betogen dat de mogelijkheid van contante betaling noodzakelijk is voor het behoud van privacy.

Als het gaat om het belang van contante betaling voor het behoud van privacy, dan gaat het in het kader van dit handhavingsverzoek in de kern om twee vragen:

- (1) Heeft een weigering of een bemoeilijking van contante betaling voor het verkrijgen van toegangsbewijzen consequenties voor mijn privacy als bioscoopbezoeker?
- (2) Zo ja, welke bescherming biedt bestaande wet- en regelgeving mij dan tegen de weigering van contante betaling door een bioscoop, en tegen de weigering van de toezichthouder om op dat punt te handhaven?

Ik zal deze vragen hieronder in aparte subparagrafen bespreken.

#### 2.3.1 Contante betaling als voorwaarde voor privacy; proportionaliteit

**(1)** Om te beginnen moet hier opgemerkt worden dat het belang van contante betaling voor de privacy tot dusverre door de AP op zich niet wordt bestreden, en derhalve ook in de huidige casus niet in het geding is. Dat is verheugend. In een andere, zeer recente, eveneens door uw rechtbank behandelde casus, namelijk de weigering van vervoerbedrijf Connexxion om contante betaling in de bus te accepteren en de daaropvolgende weigering van de AP om op dat punt te handhaven, schreef de AP recentelijk in haar verweerschrift:

*Vanuit een oogpunt van bescherming van persoonsgegevens is dit een achteruitgang ten opzichte van de vroegere situatie, zodat de bezwaren die de heer Jonker daartegen naar voren brengt, invoelbaar zijn.*

Ik ben blij met deze erkenning van de kant van de AP. De AP lijkt zich op het standpunt te stellen dat de privacy door middel van de weigering van contante betaling wel degelijk aangetast wordt, maar dat de wet helaas geen aanknopingspunt biedt aan de AP om daar tegen op te treden.

#### ***Subjectieve ideeën over proportionaliteit als middel om het privacy-belang te negeren***

**(2)** Helaas lijkt er bij de AP, hoewel zij dat niet expliciet uitspreekt, ook nog sprake te zijn van een ander standpunt, namelijk dat sommige, niet-noodzakelijke inbreuken op de privacy toch geoorloofd zijn, mits ze maar "niet erg" zijn. En wat is nu "erg" (oftewel, in juridisch jargon, "*buitenproportioneel*")? Daarover zijn veel uitermate subjectieve opvattingen mogelijk, die kunnen afhangen van bijna nooit hardop uitgesproken factoren zoals:

- iemands wens om zich prettig te voelen en daarom te kiezen voor een genereus vertrouwen in de goedheid van de wereld en de goede bedoelingen van data-rovers;
- iemands wens om zich niet schuldig te voelen over de manier waarop hij zelf wel eens is omgegaan met de kwetsbaarheid van anderen;
- iemands inschatting dat een bepaald soort privacy-inbreuk hem- of haarzelf persoonlijk niet gauw zal overkomen of raken, gezien zijn of haar comfortabele positie in de maatschappij;

- de wensen van iemands baas (bijv. de wensen van een minister ten aanzien van de handelwijze van de in naam onafhankelijke toezichthouder AP, in combinatie met de macht van die minister over het budget van de AP);
- de tunnelvisie van lobbyende netwerken waarvan de deelnemers voor zichzelf voordeel zien in het uitmelken van digitale technieken nadat die voorhanden zijn gekomen, waarbij die deelnemers hun eigen korte-termijn-belangen onkritisch gelijk stellen aan het belang van "iedereen".

### ***De subjectiviteit van ideeën over proportionaliteit***

**(3)** Jaren geleden besprak ik een casus waarin over een in strijd met de regels verstrekte subsidie aan een organisatie waarmee één of meer bestuurders van de subsidiërende overheid een relatie hadden (die ze achteraf probeerden te ontkennen). Mijn gesprekspartner was afkomstig uit China, maar leefde en werkte inmiddels al jaren in landen die werden aangeduid als "democratische rechtsstaten", aan beide zijden van de Atlantische Oceaan. Hij vroeg mij om wat voor subsidiebedrag het ging. Ik antwoordde: "Vijfduizend euro" en zette me schrap voor wat komen ging. En inderdaad, de man begon te lachen, half verbijsterd, half meewarig. "In China is dat heel gewoon," merkte hij op en trok zijn gezicht weer in de plooi. Hij was te beleefd om het op eigen initiatief hardop te zeggen, maar uiteindelijk gaf hij, breed glimlachend, toe dat hij zich afvroeg waarom men zich hier druk maakte over dat soort bedragen.

Ik lachte wat met hem mee en vertelde hem over die malle, Nederlandse minister die eind vorige eeuw een norm had gesteld en een trend had gezet met haar uitspraak: "*Een beetje integer bestaat niet.*" Hahaha! Ik zag met lichte, plaatsvervangende schaamte hoe in de ogen van deze Chinees (die aan het begin stond van een succesvolle carrière in het internationale bankwezen) Nederland verschrompelde tot een ietwat lachwekkende curiositeit. Zijns inziens was het niet proportioneel om zich druk te maken om steekpenningen of geschuif met geld ten bedrage van hooguit een paar modale maandsalarissen. Wisselgeld...

**(4)** Of zoals een huurbaas nog langer geleden met een wereldwijze blik tegen me zei, toen ik bezwaar maakte tegen een zijns inziens geringe huurverhoging: "Waar hebben we het nou over?" Mannen onder elkaar... Alleen begreep hij niet dat wat voor hem een miniem bedragje was, voor een arme student zoals ik een substantieel verschil maakte. En daarom wilde hij dat minieme bedragje per se hebben. In reactie daarop deed ik bij al mijn huisgenoten een inventarisatie, legde die naast het geldende huurpuntensysteem en diende namens ons allemaal bezwaar in. De huurverhoging was van de baan. Vanaf dat moment bejegende de huurbaas, die zelf advocaat was, mij met een half mokkend, half gemeend respect en verbale steekjes half onder water. Om zichzelf te compenseren, liet hij op de zolder nog drie kamertjes bijbouwen, met flinterdunne gipswandjes en zonder sanitaire voorzieningen. Dat vond hij kennelijk proportioneel.

Destijds had ik te maken met een huisjesmelker, die huizen en zijn eigen financiële welstand gebruikte om aan studenten nog meer geld te ontfutselen. Thans heb ik te maken met digi-melkers, die digitale technologie en hun monopoliepositie gebruiken om mensen hun persoonlijke levenssfeer te ontfutselen en zo "data", quasi"efficiëntie" (quasi-kostenbesparing), "veiligheid" (vaak: gemak) en dergelijke te bemachtigen. Als het gaat om het vraagstuk van de proportionaliteit hiervan, schart de AP zich achter de opvattingen en het beoordelingskader van digi-melkers, niet achter de belangen van de te beschermen mensen en de samenleving.

### ***Beoordelingscriteria voor de proportionaliteit van weigering contante betaling***

(5) De vraag naar de proportionaliteit of buitenproportionaliteit van de weigering van contante betaling kan alleen adequaat worden onderzocht en beantwoord door te kijken naar:

- a) de reële betekenis van contante betaling voor de privacy;
- b) de reële consequenties van de weigering van contante betaling voor de privacy.

Die betekenis en consequenties moeten gezien worden als **toetsstenen** waarop **proportionaliteitscriteria** worden beproefd. Vaak worden "criteria" ten onrechte gelijkgesteld aan "toetsstenen", maar het gaat hier over verschillende dingen. Bij toetsstenen gaat het om **datgene waaruit een belang kan worden afgeleid en waar dus naar gekeken moet worden**. Bij criteria gaat het om **waarnemingsinstrumenten waarmee gekeken moet worden naar de effecten** van bepaalde keuzes of handelingen **op** datgene wat van belang is, of waaruit een belang kan worden afgeleid.

Als **proportionaliteitscriteria** kunnen in dit geval de volgende vragen worden aangemerkt:

- a) Is een weigering van contante betaling überhaupt nodig? Zie hiervoor paragraaf 3.3 van dit beroepschrift;
- b) Zijn er privacy-vriendelijke alternatieven voor contante betaling? Zie hiervoor paragraaf 3.4 van dit beroepschrift;
- c) Zijn de effecten van de weigering van contante betaling op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene aanvaardbaar? Zie hiervoor subparagraaf 2.3.2 hieronder.
- d) Zijn de effecten van de weigering van contante betaling op het functioneren van onze samenleving aanvaardbaar? Zie hiervoor subparagraaf 2.3.3 hieronder.

(6) De hantering van deze criteria vereist een ***kwalitatieve beoordeling***. Daarom noem ik het "criteria" en geen "maatstaven". Immers, "maatstaven" zijn waarnemingsinstrumenten die op zichzelf alleen gebruikt kunnen worden voor kwantitatieve beoordelingen. Dit onderscheid is van belang omdat dit het belang duidelijk maakt van:

- de inhoudelijke kwaliteit van uw rechterlijke analyse;
- de kwaliteit van uw motivering van uw rechterlijke uitspraak.

De uitspraak "het recht is geen wiskunde" is vaak misbruikt om de lage inhoudelijke kwaliteit van rechterlijke analyses en uitspraken te verdoezelen. Dan betekende het niet meer dan: "Rechters hoeven niet precies te zijn in hun uitspraken". Maar het is op zich wel degelijk waar dat het recht geen wiskunde is, in de zin dat de rechter uiteindelijk niet alleen op kwantitatieve gronden tot zijn oordelen komt, maar grotendeels op kwalitatieve gronden. Dat doet echter niets af aan de plicht van rechters om in hun kwalitatieve analyses precies te zijn en de uitkomsten van die analyses ook op een nauwkeurige wijze te verwoorden. Een "kwalitatieve" beoordeling is dus **niet** hetzelfde als een vage, slordige of gemakzuchtige beoordeling.

### ***Consequenties voor het te hanteren beoordelingskader***

(7) Omdat het bij privacy-vraagstukken gaat om heel vloeibare zaken, namelijk persoonlijke "levenssferen", "data (gegevens)" en de "informatie" en beïnvloedingsmogelijkheden die uit data en uit "restdata"<sup>5</sup> vallen af te leiden, vereist een adequate rechtsbescherming dat rechters nieuwe vormen van precisie in praktijk brengen die niet aan de orde waren toen het dertig jaar geleden bij wijze van spreken alleen over "huisjesmelkers" ging, en nog niet over "digi-melkers".

<sup>5</sup> Voor "restdata" zie paragrafen 1.7, 4.6.4 en 4.10.2 van motivering 29 oktober 2019 hoger beroep OV-chipkaart (bijgevoegd als bijlage).

Daarom voldoen bepaalde, vertrouwde rechterlijke formules (zoals bijvoorbeeld in uw eerder genoemde uitspraken van 5 september 2019) niet om in huidige privacy-zaken tot adequate uitspraken te komen. Met alleen die formules worden privacy-zaken niet adequaat geadresseerd.

**(8)** Het feit dat gangbare rechterlijke formules niet voorzien in een adequate rechtsbescherming van burgers op het gebied van privacy, vanwege de nieuwe situatie die in de afgelopen jaren is ontstaan, is één van de redenen waarom ik mij genoodzaakt zie om in dit beroepschrift expliciet ook het rechterlijke beoordelingskader aan de orde te stellen. Dat beoordelingskader functioneert als brug tussen de verschillende rechtsbronnen, en als brug tussen die gezamenlijke rechtsbronnen en de daarop gebaseerde rechterlijke uitspraak.

Elke keer dat een rechter een zaak beoordeelt, moet hij of zij die brug niet alleen bewandelen, maar ook kiezen (uit voorhanden modellen) en indien nodig aanvullen of zelfs bouwen.

In de huidige zaak kan uw rechtbank alleen recht doen indien u bereid bent meer te doen dan alleen een reeds voorhanden (standaard)model te nemen en dat als een raster over de zaak heen te leggen. Ik verzoek uw rechtbank het door mij aangereikte beoordelingskader in overweging te nemen, en dit ofwel over te nemen, ofwel, indien u kiest er (deels) van af te wijken, nauwkeurig te motiveren waarom u ervan afwijkt - ten behoeve van de kenbaarheid van het recht, en daarmee ten behoeve van de rechtszekerheid van beschermwaardige burgers.

**(9)** In eerder door uw rechtbank behandelde privacy-zaken<sup>6</sup> heb ik reeds de stilzwijgende misvatting van de AP benoemd dat het noodzakelijkheids criterium en het subsidiariteitscriterium eigenlijk geen zelfstandige criteria zouden zijn, maar in de praktijk gereduceerd kunnen worden tot afgeleiden van een volledig subjectief interpreteerbaar proportionaliteitscriterium - waarmee elke serieuze rechtsbescherming zou wegvallen.<sup>7</sup>

Hier wil ik nog eens expliciet benadrukken dat het beoordelingskader dat ik u aanreik, voorziet in een separate beoordeling van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit, zoals bedoeld door de Europese wetgever (AVG), in overeenstemming met artikel 8 EVRM.

---

<sup>6</sup> ARN 18 / 546, ARN 18 / 1487 en ARN 19 /4217-jo.-4218 (uw uitspraken op 5 september 2019); ARN 19 / 2901 en ARN 19 / 3510 (door u ter zitting behandeld op 16 december 2019).

<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld de bijgevoegde motivering d.d. 29 oktober van hoger beroep inzake OV-chipkaart, paragrafen 4.6.1 (noodzakelijkheid vs. proportionaliteit) en 4.7.3 (subsidiariteit vs. proportionaliteit).

### 2.3.2 Effecten van weigering contante betaling op persoonlijke levenssfeer van betrokkene

(1) De weigering van contante betaling aan het loket of de balie van de bioscoop heeft op mij als individuele bioscoopbezoeker vier effecten.

Ten eerste voel ervaar ik een inbreuk op mijn privacy. Ik kan niet meer onbezorgd en zonder speciale voorbereiding een film bezoeken zonder rekening te houden met de mogelijkheid dat mijn keuze deze film te bezoeken, wordt geregistreerd, hetgeen in de toekomst mogelijk kan leiden tot repercussies - afhankelijk van toekomstige maatschappelijke en politieke ontwikkelingen.

(2) Ten tweede ervaar ik een ongelijke behandeling ten opzichte van mensen die zich niet of minder bewust (willen) zijn ten aanzien van hun kwetsbaarheid op het gebied van privacy. Die mensen kunnen aan de balie met hun pinpas betalen, terwijl ik word weggestuurd.

(3) Ten derde ervaar ik een sociale hindernis die mijn maatschappelijke participatie belemmert, doordat ik na afloop van het bioscoopbezoek niet op gelijkwaardige wijze kan deelnemen aan het napraten in het bijbehorende filmcafé (Focus Eten & Drinken), aangezien ik ook daar niet contant, en dus niet anoniem mag betalen.

(4) Ten vierde ervaar ik een praktische hindernis in de zin dat Focus Filmtheater mij, als ik toch contant wil betalen, verwijst naar "bioscoopbonnen" die ik op bepaalde tijden elders, bijvoorbeeld in sommige winkels, kan kopen. Als ik samen met kennissen op het idee kom om een film te gaan kijken, zou ik dus eerst afscheid van ze moeten nemen om elders een winkel te gaan zoeken (gesteld dat die open zou zijn, wat bijvoorbeeld 's avonds geen vanzelfsprekendheid is, terwijl dat juist de tijd is waarop de meeste mensen films gaan kijken), of ik zou ze moeten verzoeken om samen met mij een omweg te maken naar zo'n winkel - hetgeen belastend kan zijn voor het sociale contact tussen hen en mij.<sup>8</sup>

Dit laatste negatieve effect zou door Focus Filmtheater natuurlijk ongedaan kunnen worden gemaakt door zelf bioscoopbonnen tegen contante betaling te verkopen - waarvoor een bioscoop natuurlijk ook een zeer logische plaats is. Maar wat Focus Filmtheater voor winkeliers volstrekt acceptabel vindt, vindt deze bioscoop voor zichzelf niet acceptabel want zogenaamd "onveilig". Dat is niet redelijk. Het lijkt er eerder op dat de bioscoop (1) de volstrekt normale kosten van contante betaling wil afwentelen op winkeliers elders (externaliseren); en (2) zelf dus geen verantwoordelijkheid wil nemen voor het bieden van deze volstrekt normale faciliteit.

Maar stel dat winkeliers dezelfde houding zouden aannemen? Dan zou er geen mogelijkheid meer zijn, zelfs geen indirecte en onredelijk belastende mogelijkheid, om met privacy arthouse-films te bezoeken. Dit is dus een poging van Focus Filmtheater om haar verantwoordelijkheid voor een privacy-vriendelijke behandeling van haar bezoekers weg te schuiven en zoek te maken. Dat is niet redelijk en in een democratische samenleving gebaseerd op participatie, niet aanvaardbaar.

---

<sup>8</sup> Op een vergelijkbare manier hebben sommige, voor de rest heel lieve en redelijke mensen mij al meermalen geïrriteerd verweten dat ik niet per "app" of via Facebook bereikbaar ben, maar alleen per telefoon, sms, email en briefpost. De betreffende mensen hebben van hun kant hun belsegnaal en hun email-attending uitgezet, ter bescherming van hun privé-sfeer. Daardoor kan ik hen telefonisch niet meer bereiken, en per email soms pas na drie of vier dagen. Ziehier de onechtheid van het zogenaamde "gemak" dat sociale media pretenderen te bieden.

### 2.3.3 Effecten van weigering contante betaling op het functioneren van onze samenleving

Als privacy-vriendelijke, contante toonbankbetaling met een wettig betaalmiddel zelfs door publiek gefinancierde instellingen met een publieke nutsfunctie rechtens geweigerd mag worden, dan is de consequentie dat contante betaling overal mag worden geweigerd. Dit zou ook betekenen dat daarmee elke reële privacy van Nederlanders definitief is afgeschaft.

Elke transactie, elke beweging en elke verblijfplaats van elke Nederlander zou op die manier van uur tot uur kunnen worden gevolgd. Daarmee zou er een bijna volledig panopticum technisch geïnstalleerd zijn. Alleen het gebruik van die technische voorzieningen zou vooralsnog niet volledig zijn toegestaan, maar dat zou met een pennestreek kunnen worden veranderd, bijvoorbeeld in een crisissituatie waarin machthebbers dat wenselijk zouden vinden.

Bovendien zou er aan de hand van betalingsgegevens tot in de verre toekomst kunnen worden nagegaan welke kritische films elke Nederlander in de loop van diens leven heeft bezocht. Daaruit kunnen dan, uitgaande van de opvattingen die op enig moment in de toekomst vigeren, conclusies kunnen worden getrokken over het verleden en de moraal van de betreffende Nederlander, en over de consequenties die dat voor de rechten van zo'n Nederlander zou moeten hebben - bijvoorbeeld aan de hand van een systeem van Sociaal Krediet, zoals dat nu reeds in China wordt ingevoerd en zoals dat (onder andere namen) ook door bedrijven als Google (Alphabet) ten behoeve van commerciële doelen en ter facilitering van Amerikaanse geheime diensten (CIA, NSA) al wordt ontwikkeld.

Geen enkele Nederlander kan dan meer een kritische of controversiële film gaan zien in het gerechtvaardigde vertrouwen daar later geen negatieve gevolgen van te zullen ondervinden. Met name op diegenen die maatschappelijke verantwoordelijkheid voelen en de ambitie om aan die verantwoordelijkheid ook vorm te geven, bijvoorbeeld in de politiek, of via non-maatschappelijke actie, zal alleen al die mogelijkheid een "verkillend effect" (*chilling effect*) hebben. Ik let nu al op naar welke sites ik wel of niet surf. Moet ik nu ook gaan proberen in te schatten hoe men over vijf of tien jaar over bepaalde films denkt?<sup>9</sup>

Kortom, als de willekeurige afschaffing van contante betaling met een vaag, algemeen, niet-onderbouwd beroep op "veiligheid" wordt toegestaan, is het einde oefening voor de privacy, en zijn de AVG en het EVRM niet meer dan een wassen neus.

Maar goed, misschien zou dat sommige machthebbers juist heel goed uitkomen. Eindelijk kunnen er dan korte metten worden gemaakt met (lippendienst aan) loze en "contraproductieve" democratische verworvenheden en andere ordeproblemen, waarmee democratische landen zichzelf op een naïeve manier alweer een jaar of vijfenzeventig het leven moeilijk maken. Zoals ik in de motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn hoger beroep inzake de OV-chipkaart reeds citeerde: "*Na ja, jeder kann sich mal in was Blödes verrennen... Es waren eben schlechte, wirre Zeiten. Trinkt man schon?*"

Mag ik samen met uw rechtbank het glas heffen op het herstel van orde en gezag? Proost!

---

<sup>9</sup> In Rusland leidde zelfs een oppervlakkige film als *Matilda* (2017) bijvoorbeeld tot aangewakkerde volkswoede, bedreigingen, brandstichting en pogingen de film te verbieden. Alles is mogelijk.

### 2.3.4 Wat zegt wet- en regelgeving over contante betaling?

**(1)** In mijn handhavingsverzoek d.d. 17 augustus 2018 heb ik reeds aangegeven mij voor wat betreft de wetgeving en jurisprudentie met betrekking tot contante betaling te baseren op hoofdstuk 7 van het boek *Juridische aspecten van contant geld* (uitgeverij Paris, 2017) door mr. drs. A.A. Scholten, werkzaam bij de Nederlandsche Bank. Ik heb in mijn handhavingsverzoek een overzicht gegeven van de analyse van Scholten, en bij elk onderdeel daarvan de relevantie aangegeven voor mijn handhavingsverzoek en voor de plicht van de AP om te handhaven.

**(2)** Deze argumentatie is door de AP genegeerd met behulp van de volgende redenering:

[34] Er is geen wettelijke verplichting om wettige betaalmiddelen te accepteren. Naar Nederlands recht staat het partijen vrij om contant geld als betaalmiddel uit te sluiten, mits die uitsluiting niet onevenredig bezwarend is. De AP stelt vast dat het daarmee wettelijk is toegestaan om betaling met contant geld dan wel met PIN te weigeren. Aan de keuze om contant geld te weigeren, kunnen veiligheidsoverwegingen ten grondslag liggen, maar ook een streven om administratiekosten te minimaliseren. Het is in beginsel aan uitbaters zelf om deze afweging te maken en dit kenbaar te maken voorafgaande aan de betaling. Een uitgebreid onderzoek naar de effecten van het weigeren van contant geld op de veiligheid is met het oog op de AVG niet vereist om alleen betalingen met PIN te mogen accepteren.<sup>10</sup>

Met deze redenering geeft de AP, zonder dat expliciet te benoemen, laat staan te onderbouwen, blijk van de volgende vijf standpunten:

- a) Een met overheidsgeld gesubsidieerde bioscoop is niet meer dan een "uitbater";
- b) De publieke en maatschappelijke functie van een arthouse-bioscoop is niet relevant voor de beoordeling van het handelen van deze organisatie;
- c) Betaling met wettige betaalmiddelen mag door elke organisatie met volledige willekeur worden geweigerd volgens het Nederlands recht (inclusief het privacy-recht);
- d) Betaling met wettige betaalmiddelen mag door elke organisatie naar willekeur worden geweigerd ongeacht de consequenties voor de privacy van burgers;
- e) Een organisatie hoeft de weigering van een wettig betaalmiddel volstrekt niet te motiveren, maar hoeft het besluit tot weigering alleen voorafgaand aan de betaling kenbaar te maken.

Elk van deze vijf standpunten is onjuist - althans zolang we in een democratische rechtsstaat leven. In combinatie met elkaar ontnemen zij, als zij wel juist zouden zijn, aan alle Nederlanders het recht op privacy bij de participatie aan alle cultuuruitingen in dit land.

Ziedaar de deplorabele houding die onze wakkere "toezichthouder" aanneemt. Als dit het "hoge, doeltreffende en volledige niveau" van privacy-bescherming zou zijn waartoe het EVRM en Europese regelgeving de nationale toezichthouder verplichten, dan zouden die woorden elke reële betekenis verloren hebben. Het is daarom een grof schandaal dat de AP een dergelijke alinea op papier zet.

**(3)** De vraag is nu of uw rechtbank dat onderkent, of dat u instemt met de normalisering van zo'n algehele afschaffing van privacy bij kleine transacties.

<sup>10</sup> Besluit van AP d.d. 27 november 2019 op bezwaar, randnummer [34], pag. 8.

***Het concept "marginale toetsing" biedt uw rechtbank geen excuus om niet te toetsen***

(4) De AP heeft enerzijds geweigerd consequenties aan mijn handhavingsverzoek en bezwaarschrift te verbinden, maar heeft anderzins óók geweigerd mijn argumentatie te weerleggen. Op die manier heeft de AP getoond een toezichthouder te zijn die enerzijds haar handhavende taak niet wil vervullen, maar die anderzijds op dit taakverzuim ook niet aanspreekbaar wil zijn.

Vandaar dat ik me ook voor wat betreft het AP-besluit over dit meest recente handhavingsverzoek van mijn kant weer genoodzaakt zie een beroep te doen op uw rechtbank.

(5) Nu kan uw rechtbank zich op dit punt gaan verschuilen achter het concept van "marginale toetsing" en gaan beweren dat u nergens mee instemt, en ook nergens niet mee instemt, maar dat u alleen beoordeelt of het gedrag van de toezichthouder "toelaatbaar zou kunnen zijn", met andere woorden, "of er door de burger is aangetoond dat de toezichthouder niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen" - waarmee u twee dingen zou doen: u zou ten eerste de te beoordelen vraag daarmee zo vaag en filosofisch maken dat niemand die nog krachtig kan beantwoorden. En ten tweede zou u de bewijslast ten aanzien van de beantwoording van die vraag daarmee bij mij leggen - waarmee u mij zou opzadelen met een onmogelijke taak, vergelijkbaar met de taak om te bewijzen dat God niet bestaat.

Als een bestuursorgaan (de AP) en zijn handelwijze door de rechtbank worden behandeld als een God, wiens mysterie geëerd en gehoorzaamd moet worden zolang niemand onomstotelijk bewezen heeft dat het niet waar of niet rechtvaardig kan zijn, dan leven we niet meer in een rechtsstaat, maar in een staat waarin bestuursrechters functioneren als dienstwillige priesters van het heersende tempelbestuur. Met andere woorden: dan leven we in een autoritaire staat.

Zoals ik in de motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn hoger beroep inzake privacy-schending met de OV-chipkaart ook reeds heb aangegeven, vormen Nederlandse ideeën over "marginale toetsing" geen rechtvaardiging voor het ontduiken van de internationaal-verdragsrechtelijke en de Europeesrechtelijke verplichting van Nederland om een hoog niveau van bescherming, en dus ook van rechtsbescherming, te realiseren op het gebied van privacy.<sup>11</sup>

***Juridische spelregels m.b.t. contante betaling - volgens de expert***

(6) Nu de AP op mijn juridische betoog, ontleend aan de beste expertise die op dat gebied in Nederland voorhanden is, reageert door in essentie simpelweg stellen dat het Nederlands recht volstreekte willekeur toestaat op het gebied van de weigering van contante betaling, ook als dat consequenties heeft voor de privacy, rest mij niets anders dan mijn juridische betoog, zoals ik dat in mijn handhavingsverzoek naar voren heb gebracht, te herhalen in dit beroepschrift - in de hoop dat uw rechtbank wél bereid zal zijn er serieus naar te kijken.

(7) In het door mij aangehaalde boek *Juridische aspecten van contant geld* gaat Scholten in op de vraag in welke situaties de mogelijkheid van betaling met contant geld (als wettig betaalmiddel van de EU) moet worden geboden. Vaak gaat het dan om toonbankbetalingen. De aanschaf van een bioscoopkaartje is een voorbeeld van een toonbankbetaling. Immers, de kopende partij (de filmkijker) doet aan de toonbank (de balie van de bioscoop) door middel van een handeling (ofwel

---

<sup>11</sup> Motivering Jonker d.d. 29 oktober 2019 van hoger beroep OV-chipkaart, paragrafen 1.3 (pag. 5), 1.4 (pag. 6), en 3 (pag. 43).



contante betaling, ofwel een betaling met een bankpasje) een geldbedrag toekomen aan de verkopende partij (de bioscoop) in ruil voor een “product”, namelijk het recht om de filmzaal binnen te gaan en daar een film te zien.

**(8)** Samengevat en geciteerd wordt er in dit nu reeds gezaghebbende boek het volgende betoogd:

- (A.) Eurobankbiljetten en –munten zijn een **wettig betaalmiddel**. Voor de eurobiljetten volgt dit uit art. 128 lid 1 VWEU en voor de euromunten uit Verordening (EG) 974/98.<sup>12</sup>
- (B.) “Uiteindelijk is het **Europese Hof van Justitie bevoegd** het begrip ‘wettig betaalmiddel’ uit te leggen. Een gelegenheid daartoe heeft zich echter nog niet voorgedaan. Hoewel het voor de hand had gelegen dat een nationale rechter hierover in de afgelopen jaren naar aanleiding van een concrete casus een prejudiciële vraag aan het hof had gesteld, is dat sinds de invoering van de euro nog niet voorgekomen. Een belangrijke onduidelijkheid die hierdoor nog bestaat, is in hoeverre toonbankinstellingen en andere aanbieders van producten en diensten in hun algemene voorwaarden het gebruik van wettige betaalmiddelen (dat wil zeggen contant geld) kunnen uitsluiten. Voorts is nog onduidelijk hoeveel speelruimte de lidstaten hebben om in nationale wetgeving het gebruik van contant geld te beperken, of dit feitelijk onmogelijk te maken.”<sup>13</sup>
- (C.) “Wanneer het uiteindelijk komt tot prejudiciële vragen over deze onduidelijkheden, kan het hof beschikken over een in 2010 verschenen **Aanbeveling van de Europese Commissie**, ‘betreffende de draagwijdte en de gevolgen van de hoedanigheid van wettig betaalmiddel van eurobankbiljetten en –munten’.”<sup>14</sup>
- (D.) Artikel 1.a) van de Aanbeveling “maakt (...) duidelijk dat de **verplichte aanvaarding** van wettig betaalmiddel in beginsel een bepaling van regelend recht is, waarvan bij overeenkomst kan worden afgeweken. Dit is ook de traditionele Nederlandse opvatting.”<sup>15</sup>
- (E.) Artikel 2 van de Aanbeveling stelt “dat **bij ‘detailtransacties’ de verplichte aanvaarding regel** hoort te zijn, waarbij weigering alleen mogelijk mag zijn ‘om redenen die op het “beginsel van goede trouw” terug te voeren zijn” . Als voorbeeld wordt de situatie genoemd dat een detailhandelaar niet over voldoende wisselgeld beschikt. Dit artikel lijkt te impliceren dat bij de bedoelde detailtransacties niet bij overeenkomst mag worden afgeweken van de verplichte aanvaarding van wettig betaalmiddel. In dit artikel wordt niet het voorbehoud gemaakt dat een betalingsverplichting dient te bestaan. De Commissie lijkt het begrip ‘wettig betaalmiddel’ dus zo op te vatten, dat in het algemeen van de verplichte aanvaarding bij overeenkomst kan worden afgeweken, maar niet bij wat de Aanbeveling ‘detailtransacties’ noemt, waarbij het ook niet zo mag zijn dat de onderliggende transactie niet tot stand komt vanwege het weigeren van betaling in wettig betaalmiddel door de crediteur.”<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> A.A. Scholten, *Juridische aspecten van contant geld*, Uitgeverij Paris, 2017, paragraaf 7.1, pag. 87.

<sup>13</sup> Ibid., paragraaf 7.2, pag. 88.

<sup>14</sup> Ibid., paragraaf 7.3, pag. 88.

<sup>15</sup> Ibid., paragraaf 7.3, pag. 90.

<sup>16</sup> Ibid.

- (F.) “De Aanbeveling bevat geen nadere definitie van de reikwijdte van het begrip ‘detailtransacties’. Het ligt voor de hand te denken dat de Commissie het oog heeft op wat in Nederland wel ‘**toonbanktransacties**’ worden genoemd, dat wil zeggen transacties waarbij een ‘toonbankbetaling’ vereist is. Daaronder worden in functionele zin alle particuliere betalingen aan professionele partijen verstaan die gewoonlijk contant of door te ‘pinnen’ moeten worden voldaan. In de praktijk gaat het in het algemeen om betalingen voor zaken of diensten die op het moment van levering moeten worden betaald.”<sup>17</sup>
- (G.) “Ten aanzien van art. 2 van de Aanbeveling verdient voorts de aandacht dat het door de Commissie genoemde voorbeeld van een situatie waarin weigering wel mogelijk zou moeten zijn, namelijk te weinig wisselgeld, lijkt te impliceren dat verplichte aanvaarding van wettig betaalmiddel bij detailtransacties tevens een **verplichting voor de crediteur meebrengt om in beginsel voldoende wisselgeld te hebben**. In de bij de bekendmaking van de Aanbeveling door de Commissie gepubliceerde ‘Q &A’, wordt uitdrukkelijk opgemerkt dat weigering niet permanent mag zijn. Het stelselmatig eisen van gepaste betaling zou dus niet toegestaan moeten worden.”<sup>18</sup>
- (H.) Te oordelen naar de preambule van de Verordening (EG) 974/98 lijkt het erop dat **“nationale maatregelen die het gebruik van wettig betaalmiddel inperken**, zijn toegestaan voor zover de lidstaten deze maatregelen getroffen hebben om ‘openbare redenen’ en andere rechtsgeldige betaalmiddelen beschikbaar zijn. Het begrip ‘openbare redenen’ lijkt daarbij door de Europese Centrale Bank (ECB) ruim te worden opgevat. Van openbare redenen lijkt sprake zodra de maatregel ten doel heeft criminele activiteiten te bemoeilijken, wat bij de verschillende nationale maatregelen meestal het geval is. Deze maatregelen zijn namelijk vrijwel steeds gericht tegen illegale activiteiten als witwassen, belastingontduiking, valsemunterij en diefstal. De ECB voegt daar in zijn opinies meestal wel aan toe dat dergelijke maatregelen in redelijke verhouding dienen te staan tot het te bereiken doel en niet verder mogen gaan dan daarvoor noodzakelijk is.”<sup>19</sup>
- (I.) “ten slotte roept de tekst van de preambule [van de Verordening (EG) 974/98] de vraag op **welke eisen moeten worden gesteld aan de beschikbaarheid van alternatieve betaalmiddelen**, als niet met wettig betaalmiddel kan of mag worden betaald. In zijn opinies is de ECB daar tot nu toe nauwelijks op ingegaan, anders dan te constateren dat een ander (elektronisch) betaalmiddel beschikbaar was.”<sup>20</sup>
- (J.) Voorbeelden van **nationale maatregelen die de ECB acceptabel acht**, hebben vooral betrekking op:
- beperkingen aan de hoogte van betalingen die met contant geld mogen worden verricht (“cashplafond”). Daarbij moet gedacht worden aan bedragen van duizenden tot tienduizenden euro’s o.b.v. het huidige prijspeil. (België, Griekenland, Bulgarije)
  - het onder voorwaarden en met bepaalde uitzonderingen verbieden van reguliere loonbetaling in contant geld. (Finland).

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid., pp. 90-91. Zie ook paragraaf 7.20 (“Ontbreken wisselgeld”), pag. 110.

<sup>19</sup> Ibid., paragraaf 7.4, pag. 92.

<sup>20</sup> Ibid., pp. 92-93.

Wat **de ECB echter niet acceptabel lijkt te vinden**, is:

- het verbieden van contante betalingen tussen particulieren onderling.<sup>21</sup>

(K.) Met betrekking tot **de relatie tussen contant geld en privacy** wordt in het boek het volgende vermeld: “In de opinie [van de ECB] van 8 mei 2012 over een Spaanse maatregel waarbij een plafond voor contante betaling wordt ingesteld, wordt voor het eerst in herinnering geroepen dat nationale maatregelen waarbij het gebruik van wettig betaalmiddel wordt ingeperkt, niet alleen moeten voldoen aan de in preambule 19 genoemde voorwaarden, maar altijd ook in verhouding moeten staan tot het beoogde doel. Dit is een belangrijke toevoeging, omdat langs deze weg ook ruimte wordt gemaakt voor een toetsing aan het Handvest van de grondrechten van de EU, bijvoorbeeld aan het in art. 7 van het Handvest vervatte recht op privacy.”<sup>22</sup>

En:

“Bij het ontbreken van concrete aanwijzingen dat een contantgeldplafond effectief is in de landen waar dit van kracht is, betwijfelt Papier [voormalig president van het Bundesverfassungsgericht] of het invoeren van een contantgeldplafond en de daarmee gepaard gaande inbreuk op de persoonlijke grondrechten in verhouding staat tot en noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken.”<sup>23</sup>

(L.) Met betrekking tot **Nederlands recht** wordt in het boek van Scholten melding gemaakt van art. 6:112 BW in afdeling 11 van titel 1 van Boek 6 BW, en wordt daarover het volgende opgemerkt: “Blijkens de wetsgeschiedenis wordt onder gangbaar geld primair verstaan het contante geld dat wettig betaalmiddel is in het land van uitgifte. Als het gaat om betalingsverplichtingen in euro, betekent betaling in gangbaar geld derhalve: betaling met eurobankbiljetten en –munten.”<sup>24</sup>

Hierop bestaan echter drie uitzonderingen:

(M.) De eerste uitzonderingsgrond is wanneer een **overeenkomst** anders bepaalt. Scholten schrijft hierover onder andere: “Tegenwoordig komt het ook voor dat het gebruik wettig betaalmiddel geheel wordt uitgesloten, door middel van een ‘cards only’-beding, dat elektronisch betalen verplicht stelt. Daarvoor zijn zelfs standaard stickers verkrijgbaar met de tekst: ‘Hier alleen pinnen’. Omdat een dergelijk beding een algemene voorwaarde is in de zin van art. 6:231 BW, is het **vernietigbaar** indien het ‘gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval’ onredelijk bezwarend is (art. 6:233 onder a BW).”<sup>25</sup>

(N.) Met betrekking tot **criteria op grond waarvan een ‘cards only’-beding bij toonbankbetalingen onredelijk bezwarend moet worden geacht**, schrijft Scholten onder andere het volgende:

<sup>21</sup> Ibid., paragraaf 7.5, pp. 93-96

<sup>22</sup> Ibid., pag. 94.

<sup>23</sup> Ibid., pag. 97.

<sup>24</sup> Ibid., paragraaf 7.6, pag. 97.

<sup>25</sup> Ibid., paragraaf 7.7, pag. 98,

“Zoals eerder betoogd, zou een ‘cards only’-beding bij toonbankbetalingen eerder onredelijk bezwarend moeten worden geacht naarmate meer voldaan is aan de volgende criteria:

- de betaling betreft een voor de consument essentieel product of essentiële dienst (zoals levensmiddelen, lichaamsverzorging, medische zorg);
- voor het product of de dienst kan moeilijk of niet gebruik worden gemaakt van een andere aanbieder die wel contant geld accepteert (de aanbieder is ter plaatse een monopolist);
- de kosten die de aanbieder redelijkerwijs moet maken om risico’s van geweld en vandalisme tot aanvaardbare proporties te reduceren (denk aan parkeermeters en onbemande benzinepompen) zijn niet zo hoog dat van de aanbieder niet gevergd kan worden dat hij contante betalingen accepteert.”

Scholten illustreert deze criteria aan de hand van voorbeelden als een apotheek, een museum, een onbemande benzinepomp en bussen en trams in het openbaar vervoer. Hij concludeert ten aanzien daarvan:

“Toepassing van de voorgestelde criteria op deze gevallen, zou tot de conclusie kunnen leiden dat een ‘cards only’-beding bij de apotheek en in het openbaar vervoer al gauw, bij musea wellicht, en bij onbemande benzinepompen vermoedelijk niet onredelijk bezwarend is. Ook bij de hantering van dergelijke criteria zullen echter de specifieke omstandigheden van geval tot geval apart moeten worden beoordeeld.”<sup>26</sup>

- (O.) Met betrekking tot het **tariferen van contante betalingen** (het eisen van een toeslag bij contante betalingen) schrijft Scholten het volgende:

“In de paragraaf over de Aanbeveling van de Europese Commissie over het begrip ‘wettig betaalmiddel’, is naar voren gekomen dat de Commissie het vragen van een toeslag bij contante betaling in strijd acht met het nominaliteitsbeginsel, en in strijd met het karakter van wettig betaalmiddel, met dien verstande dat een crediteur vermoedelijk wel korting mag geven op de voor hem meest aantrekkelijke betaalwijze.

In Nederland is hierover tot dusverre anders gedacht. Gezien het karakter van art. 6:112 BW als bepaling van regeland recht, is het in de Nederlandse opvatting toegestaan dat een crediteur in zijn algemene voorwaarden opneemt dat contante betalingen getarifeerd worden. Waar, zoals zojuist besproken, het meerdere mag – contante betaling uitsluiten –, mag ook het mindere, contante betaling tarifieren, mits dit niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. (...)

Voor zover het gaat om overeenkomsten tussen een natuurlijke persoon die niet handelt in het kader van zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit en een natuurlijke of rechtspersoon die wel handelt in het kader van zijn beroepsactiviteit, mag de toeslag sinds 2014 overigens niet hoger zijn dan de kosten die het gebruik daarvan voor laatstgenoemde met zich meebrengen (art. 6:230k lid 1 BW).”<sup>27</sup>

En:

<sup>26</sup> Ibid., paragraaf 7.8, pp. 100-101.

<sup>27</sup> Ibid., paragraaf 7:12, pp. 102-103.

“Onzeker is echter hoe de Europese rechter aankijkt tegen het uitsluiten of tarifieren van contante betalingen in algemene voorwaarden, of tegen het weigeren van hoge coupures, in het bijzonder voor toonbankbetalingen. (...) Dit moet betekenen dat de Commissie van mening is dat de retailer in zijn algemene voorwaarden geen ‘cards only’-beding mag opnemen, mag tarifieren of hoge coupures mag weigeren. (...) De toelaatbaarheid van een ‘cards only’-beding voor een toonbankbetaling betreft een principiële punt dat verdergaat dan een beoordeling van de omstandigheden van het geval.”<sup>28</sup>

(P.) Concluderend merkt Scholten over “contante betaling als recht, gunst of plicht” op dat hierover nog **juridische onzekerheid** bestaat:

“In de praktijk hebben zich in de landen die de euro als munt hebben, nog geen knelpunten voorgedaan die tot rechtszaken hebben geleid waaruit prejudiciële vragen zijn voortgevloeid die het Hof van Justitie gelegenheid hebben gegeven zich hierover uit te spreken. Omdat Nederland zich op het gebied van het teruglopen van contante betalingen in de voorhoede bevindt van de landen waar de euro wettig betaalmiddel is, zou het best kunnen dat uiteindelijk een Nederlandse rechter hier het spits afbijt. Uit oogpunt van rechtszekerheid zou het moeten worden toegejuicht als de Nederlandse rechter een gelegenheid daartoe zou aangrijpen. Dat kan licht werpen op de vraag wanneer het uitsluiten van contante betaling in het toonbankbetalingsverkeer juridisch mogelijk is en wanneer niet. (...)

Gelet op [de genoemde] maatstaven, lijkt wat betreft de Nederlandse praktijk vooral een vraagteken te moeten worden gezet bij het weigeren van contante betalingen door (semi)monopolistische aanbieders als apotheken, musea en gemeentes (leges voor paspoorten en identiteitskaarten die niet contant betaald kunnen worden).”<sup>29</sup>

Hieronder zal ik de implicaties van de hier samengevatte en geciteerde informatie bespreken.

#### ***Implicaties van de thans vigerende juridische spelregels en de interpretatieruimte daarin***

(9) Als ik de zojuist samengevatte en geciteerde basisinformatie betrek op de aanschaf van bioscoopkaartjes, dan wordt duidelijk waarom het behoud van de mogelijkheid om contant te betalen, onontbeerlijk is voor het behoud van privacy.

Punt (I.) gaat over de beschikbaarheid van alternatieve betaalmiddelen dan contant geld. Dat moet in dit geval geïnterpreteerd worden als alternatieve betaalmiddelen waarmee de privacy evenzeer gewaarborgd is als bij contante betaling. Dat betekent dat een alternatief betaalmiddel zodanig moet zijn, dat daaruit niet (direct of indirect, bijv. d.m.v. profilering) afgeleid kan worden:

- wie wanneer de betreffende persoon arthouse-bioscoop bezoekt;
- voor welke film of films de betreffende persoon een toegangsbewijs aanschaf. Ook wanneer de naam van de film (of een code waaruit die kan worden afgeleid) niet wordt verwerkt bij de pin-betaling, kan het tijdstip van aanschaf informatie opleveren die met behulp van profilering (inclusief statistische methodieken) kan worden herleid tot een (waarschijnlijke of aangetoonde) belangstelling voor bepaalde soorten films. Bijvoorbeeld

---

<sup>28</sup> Ibid., pag. 104.

<sup>29</sup> Ibid., paragraaf 7.23, pp. 111-112.

maatschappijkritische films, feministische films, films waarin seksuele voorkeuren gethematiseerd worden of films met etnische en/of religieuze thematiek.

Punt (J.) maakt duidelijk dat de ECB het niet acceptabel zou vinden om contante betaling qua hoogte te beperken tot het soort bedragen die met de aanschaf van bioscoopkaartjes gemoeid zijn. De hoogte van het aanschafbedrag kan bij de aanschaf van bioscoopkaartjes nooit een argument zijn om contante betaling te weigeren.

Punt (K.) maakt duidelijk dat de consequenties van het beperken van contante betaling voor de privacy ook door de ECB relevant geacht worden. Dat is begrijpelijk, want de ECB heeft mede tot taak om, via het reguleren en faciliteren van het Europese financiële systeem, een veilige interne markt te creëren. Vrijheid van maatschappelijke participatie is een basisvoorwaarde voor het voortbestaan van zo'n veilige interne markt. Burgers moeten, om goed geïnformeerd te blijven, kennis kunnen nemen van cultuur en maatschappijkritiek zonder voor monitoring en profilering te hoeven vrezen. Kritische films over banken, klokkenluiders, overheidsbureaucratie, de invloed van grote bedrijven op overheidsbeslissingen en dergelijke moeten kunnen worden gezien zonder dat burgers daarbij gevolgd kunnen worden. Alleen al de wetenschap dat hun bioscoopgedrag mogelijk gemonitord wordt, of in de toekomst zou kunnen worden, kan bij burgers leiden tot voorzichtigheid in hun keuzes welke films ze wel en niet gaan zien. De AP negeert dat ten onrechte volledig.

Punt (N.) maakt duidelijk dat de aanschaf van bioscoopkaartjes voldoet aan de criteria die moeten worden gehanteerd bij de beoordeling of de mogelijkheid van contante betaling moet worden geboden. Immers: arthouse-bioscopen vervullen een publieke nutsfunctie. In een middelgrote stad als Arnhem heeft een bioscoop als Focus Filmtheater in de praktijk een monopolie op de vertoning van relevante (nieuwe) films. Dit ook omdat zulke films niet passen in het verdienmodel van de grote bioscopen (bijv. Pathé bij station Arnhem Centraal).

Het op verantwoorde wijze gebruiken van contant geld levert geen disproportionele veiligheidskosten op. Er is nooit een ernstig veiligheidsrisico aangetoond voor Focus Filmtheater te Arnhem. Bij de nieuwbouw aan het Audrey Hepburnplein hadden bovendien zonder grote meerkosten voorzieningen kunnen worden getroffen voor veilige betaling met contant geld, als dat op de oude locatie aan de Korenmarkt volgens de exploitant niet veilig genoeg was. De beperkte kosten voor beveiliging van contante betalingen zijn al tientallen jaren gangbaar in winkels en supermarkten. Juist doordat alle winkels die kosten dragen, brengen die geen concurrentienadeel met zich mee.

Punten (N. en O.) maken duidelijk dat er bij uitsluiting of tarifiering van contante betaling sprake is van een vraagstukken ten aanzien van redelijkheid en billijkheid. Eén van die vraagstukken heeft betrekking op de vraag of een burger die maatschappelijk wil participeren door naar een relevante film te kijken, in redelijkheid aanspraak kan maken op zijn grondrecht op privacy, dat wil zeggen dat hij niet zonder noodzaak wordt gedwongen enig persoonsgegeven te laten verzamelen dat verband houdt met zijn filmbezoek.

Punt (P.) maakt duidelijk dat er ten aanzien van de (on)toelaatbaarheid van de weigering van contante betaling, mede gezien de consequenties daarvan voor de privacy, nog onduidelijkheid is over de manier waarop Europese regelgeving moet worden geïnterpreteerd. Dit zou voor uw rechtbank aanleiding kunnen zijn om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU (HvJ-EU; CJEU) te stellen.

## 2.4 Cumulatie, privacy-discriminatie, voorbereidende handelingen en normalisering

(1) De reële betekenis van de weigering van contante betaling voor de privacy van bezoekers van Focus Filmtheater wordt pas duidelijk als we die bekijken in samenhang met:

- andere inbreuken;
- actuele maatschappelijke ontwikkelingen;
- de gevolgen op zowel de korte als de lange termijn.

In het beoordelingskader dat uw rechtbank hanteert, verdienen daarom ook de volgende zaken een plaats:

- de cumulatieve effecten van rechtstreekse privacy-aantastingen (data-roof);
- de effecten van privacy-discriminatie (*forced consent*);
- de effecten van handelingen waarmee privacy-aantasting wordt voorbereid (waaronder "*function creep by design*").

### ***Cumulatieve privacy-aantastingen en de effecten daarvan***

(2) Mijn thans voorliggende handnavingsverzoek aan de AP kan alleen goed worden begrepen in de samenhang van recente ontwikkelingen op het gebied van privacy en data-roof in allerlei verschillende sectoren van de maatschappij. Overheden, bedrijven, semi-overheidsorganisaties en ook NGO's zijn de afgelopen jaren ertoe overgegaan om persoonsgegevens van mensen te verzamelen in alle levensgebieden. Persoonsgegevens uit verschillende levensgebieden worden geautomatiseerd bij elkaar gevoegd en in samenhang met elkaar geanalyseerd, onder andere via Google Analytics, om daaruit conclusies te kunnen trekken over het gedrag en leefpatroon van ieder individueel mens.

Deze analyses worden gebruikt om op individuen toegesneden middelen te kunnen vinden en inzetten waarmee ieder individueel mens kan worden verleid, gemanipuleerd, financieel onder druk gezet en aangestuurd. Dit gebeurt onder andere via het vangen van diens aandacht, het stellen van nieuwe eisen die worden verhuld door het onopvallend introduceren van nieuwe normen waarin die eisen verpakt zijn, en door het doen van zogenaamde "aanbiedingen" die niet zonder nadelige gevolgen kunnen worden geweigerd ("Als u nu meteen een slimme meter in uw huis laat installeren, brengen wij geen kosten in rekening...").

Er is hier dus sprake van grootschalige, met elkaar samenhangende machtsgrepen, waarmee de privacy van mensen van alle kanten wordt aangevallen en geïnvadeerd. Dit leidt tot een enorme machtsverschuiving ten nadele van de positie van bijna alle individuele mensen. Alleen leden van de kleine elites die het systeem aansturen en die over de financiële middelen beschikken om hun eigen, individuele privacy ook in de nieuwe verhoudingen te beschermen (hoge bestuurders, topmanagers van grote bedrijven, en zeer rijke mensen) verwerven zich hiermee per saldo meer macht. Dit gaat ten koste van (de privacy, onafhankelijkheid en uiteindelijk ook de rechtspositie van) alle anderen die geen hoge maatschappelijke positie bekleden en niet beschikken over een groot financieel kapitaal.

### ***Privacy-discriminatie (forced consent)***

(3) Privacy-discriminatie is het ongerechtvaardigd maken van onderscheid tussen mensen die kiezen voor het behoud van hun privacy, ten opzichte van mensen die berusten in het verlies van

hun privacy (bijvoorbeeld als gevolg van data-roof). Door mensen met privacy slechter te behandelen dan mensen zonder privacy, wordt iedereen onder druk gezet zogenaamd "in te stemmen" met het verlies van privacy. Het gaat hier echter niet om vrijwillige instemming, maar om "forced consent", dat wil zeggen: afgedwongen instemming - een vorm van chantage.

#### ***Indirecte discriminatie d.m.v. schijndoelen***

(4) In sommige Europese landen, zoals Finland, wordt het concept "indirecte discriminatie" expliciet benoemd in wetgeving. Het gaat dan om het maken van onderscheid met een schijnbaar legitiem doel, waarmee echter indirect bepaalde groepen nadelig behandeld worden zonder dat daarvoor een rechtvaardiging is. Een voorbeelden daarvan is het eisen van stem-registratie vooraf door middel van het persoonlijk tonen van een fysieke identiteitsbewijs, in de wetenschap dat bepaalde groepen (bijvoorbeeld de oorspronkelijke bevolking van een land die in verafgelegen reservaten leeft en vaak geen papieren identiteitsbewijs heeft). Het schijnbaar legitieme doel is dan een extra controle of stemmers wel stemgerechtigd zijn, maar het eigenlijke doel is om bepaalde bevolkingsgroepen te ontmoedigen hun stem uit te brengen (*voter suppression*).

In Nederland worden mensen die hun privacy willen behouden, op deze manier onder druk gezet door middel van schijndoelen zoals "fraudepreventie" of "(sociale) veiligheid", terwijl het werkelijke doel is om zoveel mogelijk persoonsgegevens van die mensen te bemachtigen.

(5) Het is vaak moeilijk om aan te tonen dat er sprake is van een schijndoel. Maar de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG; GDPR) biedt wel manieren om indirecte vormen van privacy-discriminatie indirect onschadelijk te maken, aan de hand van de toetsing van (schijn)doelen en de daaruit afgeleide (schijn)noodzaak van gegevensverwerking aan artikel 5 lid 1 AVG, waarin de eis is vervat dat een (schijn)doel voldoende duidelijk is omschreven, en dat het na zo'n duidelijke omschrijving nog steeds "gerechtvaardigd" is. Dit in combinatie met artikel 5 lid 2 AVG: de plicht van de verwerkingsverantwoordelijke om de noodzaak van de gegevensverwerking aan te tonen. Door op deze punten kritisch en voldoende grondig te toetsen, en daarbij de samenhang tussen de twee artikelleden nadrukkelijk te betrekken, kan de rechter schijndoelen ontmaskeren of althans neutraliseren. Maar dan moet de rechter dat wel willen.

Tot dusverre lijkt het erop dat de Nederlandse toezichthouder en Nederlandse rechters (uw rechtbank en de Rechtbank Midden-Nederland) juist geen effectieve bescherming van de privacy willen. Immers, de AP en de betreffende rechters hebben artikel 5 van de AVG voor wat betreft de materiële inhoud daarvan tot dusverre minimalistisch geïnterpreteerd, terwijl ze ook de moed hadden kunnen opbrengen om het doel van serieuze (rechts)bescherming centraal te stellen in hun interpretatie van dit wetsartikel van de AVG. Dat zou ook meer in overeenstemming zijn geweest met artikel 8 EVRM.

#### ***Vorbereidende handelingen ("function creep by design")***

(6) In de praktijk worden privacy-aantastingen vaak op een verholde wijze ("onder de radar") ingevoerd, door middel van voorbereidende handelingen die de weg vrijmaken voor "function creep" (gebruik van reeds verzamelde persoonsgegevens voor andere doelen dan waarvoor ze oorspronkelijk werden verzameld). Deze voorbereidende handelingen kunnen worden onderverdeeld in ten minste twee soorten:

- a) Voorbereidende handelingen die zich richten op het laten wennen van mensen aan het bekend maken van hun persoonsgegevens in een bepaalde situatie, hoewel er officieel nog



geen sprake is van "verwerking" van die gegevens. Een voorbeeld daarvan is het eisen van legitimatie (het tonen van een paspoort of rijbewijs als zichtkaart) aan de balie wanneer iemand het saldo van een "anonieme" OV-chipkaart terug wil krijgen. Die persoonsgegevens worden dan nog niet "verwerkt" in de zin van de AVG (het gaat alleen om een zichtcontrole), maar reizigers worden wel alvast gedwongen om hun persoonsgegevens inzichtelijk te maken. Vooral in cumulatie met elkaar leiden dit soort maatregelen ertoe dat mensen, murw gebeukt door alle legitimatie-eisen, achteloos overal hun identiteitsbewijzen gaan tonen, omdat het leven ze anders te moeilijk wordt gemaakt.

Een ander voorbeeld dat ik zelf meemaakte, was dat een bankmedewerker weigerde mij telefonisch de openingstijden van een bankfiliaal mee te delen, tenzij ik mijn bankrekeningnummer en mijn geboortedatum vertelde (dit laatste om te controleren of het wel echt mijn bankrekeningnummer was) - terwijl die openingstijden ook gewoon op de buitendeur van het fysieke bankfiliaal vermeld stonden. De weigering van de bankmedewerker berustte op "regels" die hij meende te moeten volgen.

- b) Vorbereidende handelingen die zich richten op het laten wennen van mensen aan de verwerking van hun persoonsgegevens voor een nevendoeel of schijndoeel, in een situatie waarin die gegevens later ook gebruikt kunnen worden voor een illegaal doel, in de verwachting dat stille gewenning van grote aantallen mensen, wanneer die eenmaal een voldongen feit is, op den duur ook tot normalisering, legitimering en legalisatie zal leiden voor de verwerking ten behoeve van dat aanvankelijk illegale doel.

Een voorbeeld hiervan is de Wifi-tracking die Nederlandse Spoorwegen (NS) momenteel invoert op steeds meer stationslocaties, met als schijnbare doel alleen het meten van reizigersstromen, en niet het volgen van individuele reizigers. Een ander voorbeeld is de invoering van de Arnhemse afvalpas en het afsluiten van de Arnhemse afvalcontainers, met als schijndoeel "de preventie van afvaldumping", maar met als eigenlijk doel de invoering van een systeem waarbij elke Arnhemmer moet gaan betalen naar rato van de hoeveelheid afval die hij aanlevert in combinatie met de hoogte van zijn inkomen.

(7) Vaak is het moeilijk om vast te stellen of er bij voorbereidende handelingen sprake is van variant a), variant b) of een combinatie van beide, omdat de betreffende organisaties niet open en niet integer communiceren over de door hen ingevoerde maatregelen, maar hun communicatie laten afhangen van de mate en de manier waarop er druk op hen wordt uitgeoefend, publicitair en juridisch. Zulke organisaties proberen zo lang mogelijk zo veel mogelijk opties open te houden om achteraf met terugwerkende kracht "doelen" aan hun maatregelen te kunnen toeschrijven die juridisch door de beugel kunnen.

#### ***Weigering contant geld als privacy-discriminatie en voorbereiding van normalisering***

(8) In de huidige casus moet de weigering van contante betaling door arthouse-bioscoop Focus Filmtheater worden gezien als een voorbeeld van:

- privacy-discriminatie;
- het laten wennen van mensen aan het niet-anoniem kopen van bioscoopkaartjes;
- voorbereiden van een situatie waarin het normaal gevonden wordt dat van elke bioscoopbezoeker wordt geregistreerd wordt welke films hij ziet, en wanneer, en op welke locatie (dit gebeurt nu al wanneer een filmbezoeker zijn toegangsbewijs via de website van de bioscoop bestelt). Het is bijvoorbeeld goed denkbaar dat Focus Filmtheater op enig

moment zijn balie zal willen afschaffen (zogenaamd als maatregel te vergroting van de "efficiëntie" of de "veiligheid"), waardoor bezoekers vanaf dat moment gedwongen zouden worden hun toegangsbewijzen via de website aan te schaffen, en dus hun bioscoopbezoek te laten registreren - via betalingshandelingen, Google Analytics en dergelijke.

***Contante betaling wordt ook elders ontmoedigd: ondermijning van de infrastructuur***

(9) Op allerlei plekken in de samenleving wordt contante betaling sinds een paar jaar ontmoedigd. Supermarkten installeren "zelfscanners", beperken contante betaling tot steeds minder kassa's, en laten voor die kassa's lange wachtrijen ontstaan. Banken halen steeds meer geldautomaten weg. NS brengt extra "service-kosten" in rekening voor contante betaling van sommige(!) vervoersbewijzen (schijndoel: kostenbeperking; werkelijke doel: mensen onder druk zetten hun reisgegevens te laten roven door NS).

De huidige casus moet gezien worden in samenhang met deze wijdverbreide pogingen van data-machthebbers om contant geld geleidelijk af te schaffen, en de half-verhulde pogingen om mensen te laten wennen aan het telkens afstaan van persoonsgegevens door middel van hoogfrequente legitimatie, identificatie en het eisen van NAW-gegevens, hetgeen leidt tot een normalisering van het ontbreken van privacy.

De aantasting van privacy vindt niet alleen rechtstreeks plaats via de weigering van contant geld in de specifieke situatie van de aanschaf van een bioscoop-toegangsbewijs, maar op die manier ook in de vorm van een verdere ondermijning van de infrastructuur van contant geld en contante betaling, die van wezenlijk belang is voor de instandhouding van de mogelijkheid van kleine financiële transacties met behoud van privacy.<sup>30</sup>

(10) In de huidige casus heeft de AP volledig verzuimd om de consequenties van deze specifieke inbreuk voor de infrastructuur van contant geld te (laten) onderzoeken, of daar zelfs maar summiere aandacht aan te besteden.

Nu zou de AP kunnen tegenwerpen dat zulke consequenties niet vallen aan te tonen, omdat het hier maar om één enkele bioscoop gaat. Dat zou onjuist zijn. De AP kan en moet wel degelijk onderzoeken wat de consequenties voor de privacy zouden zijn - voor de samenleving, en via de samenleving ook weer voor mij als individu - als elke culturele instelling, elk café, elk vervoerbedrijf en elke winkel contante betaling zou mogen weigeren. Want dat is wat er hier op het spel staat.<sup>31</sup>

Het is onjuist en misleidend om, als iemand één baksteen losbikt uit een huis, te zeggen dat dat geen consequenties heeft voor het huis, en de tweede steen ook niet, en de derde ook niet. Net zolang tot er opeens een dragende muur instort, en daarmee het huis als geheel. Waarna de AP die instorting vervolgens kan aangrijpen om te "constateren" dat het huis niet meer te redden valt en er dus ook geen belang meer is om de resterende stenen op hun plek te laten.

Het is eveneens onjuist en misleidend om, als een gilde van inbrekers bakstenen uit één huis losbikt, te zeggen dat dat geen consequenties heeft, omdat zolang die inbrekers met dit specifieke

<sup>30</sup> Zie ook mijn bezwaarschrift d.d. 19 april 2019, paragraaf 3.3.3 (pp. 11-12). O.a: "Wanneer het toegestaan wordt om contante betaling zonder goede noodzaak te weigeren, kan dat leiden tot een 'race to the bottom' waarin organisaties (bijv. winkels of cafés) gaan concurreren op kostenbesparing d.m.v. het weigeren van contante betaling."

<sup>31</sup> Bij de Arnhemse Stadsschouwburg en concertzaal Muis Sacrum wordt contante betaling inmiddels ook geweigerd. Dat wist ik ten tijde van mijn handhavingsverzoek in augustus 2018 nog niet, maar inmiddels wel.

huis bezig zijn, dit nog niet betekent dat ze met alle huizen bezig zijn. Als de betreffende toezichthouder en handhaver, in casu de politie, een dergelijke slappe redenering zou ophangen, zouden burgers terecht woedend worden.

Het is op zijn best en meest onschuldigst een vorm van *appeasement*, waarbij het aan anti-rechtstatelijke krachten wordt toegestaan om de rechtsstaat stukje bij beetje te ontmantelen - zolang ze het maar in schijnbaar kleine stapjes doen, door er telkens schijnbaar kleine brokjes van af te knabbelen.

**(11)** Het toelaten van de nodeloze weigering van contante betaling bij toonbankbetalingen is in werkelijkheid echter geen kleine stap. Het is een cruciale stap in het elimineren van de toegang van alle Nederlandse burgers tot anonieme, privacy-vriendelijke transacties, en daarmee in het elimineren van hun zelfstandigheid ten opzichte van data-jagende organisaties en autoriteiten die hen willen beïnvloeden. Daarmee is het ook een cruciale stap in het afnemen van hun **vrijheid**. De huidige ontwikkeling moet gekenschetst worden als "slaapwandelen in de richting van het einde van de rechtstaat en de vrije samenleving".

**(12)** Maatregelen als die van Focus Filmtheater moeten daarom door de toezichthouder (de AP) zeer serieus worden genomen. Dit geldt zowel waar het gaat om mogelijke voorbereidende (voorwaardenscheppende) handelingen voor geplande toekomstige aantastingen van privacy, als waar het gaat om aanwijzingen dat er nu al een structurele, feitelijke privacy-aantasting plaatsvindt. Dat is de enige manier om het Europeesrechtelijk vereiste "hoge, doeltreffende en volledige beschermingsniveau" in de huidige omstandigheden te realiseren, waartoe de AP wettelijk verplicht is. In mijn bezwaarschrift d.d. 19 april 2019 schreef ik hierover:

De norm dat contant als wettig betaalmiddel moet worden geaccepteerd, ook ten behoeve van het behoud van privacy, kan door de AP op dit moment doeltreffend in stand worden gehouden, door middel van het stellen van enkele voorbeelden. De huidige casus biedt de mogelijkheid om zo'n voorbeeld te stellen. De wettelijke taak van de AP om in Nederland als EU-lidstaat een hoog beschermingsniveau te realiseren op het gebied van privacy, verplicht de AP ook om in de huidige omstandigheden, nu de infrastructuur voor contante betaling nog bestaat en goed functioneert, zulke voorbeelden te stellen, en daarmee de werkingskracht van de AVG te verankeren in de Nederlandse samenleving.<sup>32</sup>

**(13)** Het is aan uw rechtbank om, met het oog op dat vereiste beschermingsniveau, en met het oog op de aanzienlijke precedentwerking van de thans voorliggende casus, indringend te toetsen of de toezichthouder zijn taak naar behoren vervult.

---

<sup>32</sup> Bezwaarschrift Jonker 19 april 2019, paragraaf 3.3.3 (pag. 12).

## 2.5 Overmacht en structurele ondermijning van individueel recht op privacy

(1) In de voorafgaande paragrafen ben ik ingegaan op de maatschappelijke samenhang waarin de door Focus Filmtheater gepleegde privacy-aantasting plaatsvindt, en de juridische implicaties daarvan. Ik heb betoogd dat het effect van de overtreding vele malen versterkt wordt door de maatschappelijke omgeving waarin hij plaatsvindt en de maatschappelijke ontwikkelingen waarvan hij deel uitmaakt, en dat uw uitspraak in de huidige casus een grote precedentwerking zal hebben - ervan uitgaande dat uw uitspraak zo grondig is onderbouwd dat deze door alle betrokken partijen zal worden geaccepteerd, hetgeen uiteraard een kerndoel is van elke serieuze rechtspleging.

In deze paragraaf zal ik ingaan op de implicaties van de casus in het individuele domein, dat wil zeggen: voor mij als persoon. Naast de enorme krachten die vanuit de maatschappij afkomen op een burger zoals ik, die zijn privacy wil beschermen, is er ook sprake van de krachten die werkzaam zijn binnen de relatie tussen de toezichthouder en elke individuele, beschermwaardige burger.

### *Hoe ik als individuele burger door middel van overmacht mijn recht op privacy verlies*

(2) In een poging mij te verweren tegen verschillende privacy-aantastingen, heb ik in de afgelopen vijf jaar (sinds medio 2014) zes handhavingsverzoeken bij de AP ingediend,<sup>33</sup> waarvan het thans onderhavige verzoek het laatste is. In elk van deze zes zaken wees de AP mijn handhavingsverzoek af. In mijn bezwaarschrift d.d. 19 april 2019 schreef ik hierover het volgende:

Bij elkaar vormen deze procedures voor mij als mens die zijn privacy beschermd wil zien, een steeds grotere en buitenproportionele belasting. De cumulatie van procedures die mij persoonlijk raken, verhoogt mijn stressniveau.

Ik ben daardoor in een situatie van overmacht terecht gekomen. Om mijn gezondheid te beschermen, zie ik me genoodzaakt om over verschillende privacy-schendingen waarmee ik recent geconfronteerd ben, vooralsnog geen handhavingsverzoek in te dienen. Immers, als ik een handhavingsverzoek indien, moet ik er, zo blijkt in de praktijk, rekening mee houden dat ik voor elk handhavingsverzoek jarenlange juridische procedures moet voeren om überhaupt een kans te maken dat de AP haar wettelijke taak gaat vervullen. Dit brengt ook onverantwoorde financiële risico's voor mij met zich mee, als het aantal procedures te groot wordt.

Op die manier ondermijnt de AP structureel mijn privacy, door mij in elke casus te dwingen tot het voeren van een juridische uitputtingslag. De AP dwingt mij op die manier om te kiezen tussen mijn privacy of mijn gezondheid. Dat is in strijd met de wettelijke plicht van

---

<sup>33</sup> Afhankelijk van de wijze waarop het aantal door mij ingediende verzoeken wordt geteld. Formeel-juridisch is er op dit moment sprake van zes ingediende handhavingsverzoeken aan de AP. Afhankelijk van hoe de verzoeken worden geïnterpreteerd, is er materieel sprake van vier tot tien handhavingsverzoeken aan de AP: 1. Arnhemse afvalpas; 2. Privacy-discriminatie OV-chipkaart voordeeluren; 3. Privacy-discriminatie OV-chipkaart GTBV; 4. Unieke pasnummers op zg. "anonieme" OV-chipkaart; 5. Verwerking mutaties/transacties met zg. "anonieme" OV-chipkaart op server TLS; 6. Verwerking persoonsgegevens bij terugvragen saldo zg. "anonieme" OV-chipkaart; 7. "Servicekosten" bij laden saldo zg. "anonieme" OV-chipkaart d.m.v. contante betaling aan de balie; 8. Verwerking persoonsgegevens bij aanschaf internationale vervoerbewijzen voor de trein; 9. Weigering contante betaling in de bus; 10. Weigering contante betaling door Focus Filmtheater.

de AP om in Nederland een “hoog beschermingsniveau” te realiseren op het gebied van privacy.

Op deze manier verliest de AVG (GDPR) en hogere Europese privacy-regelgeving (bijv. artikel 8 EVRM) in de praktijk haar werkingskracht, en blijft er in de EU ook na de invoering en afdwingbaarheid (“enforceability”) van de AVG sprake van rechteloosheid op het gebied van privacy (een “privacy Wild West”).

(...) Ondanks de handvatten die de AVG biedt, is de Nederlandse privacy-bescherming nu een vergiet met tweehonderd gaatjes, waarvan de AP er twee of drie half afsluit en dan roept dat het in Nederland prima geregeld is. Zoals het nu gaat, laat de AP Nederlandse burgers in de praktijk volledig in de steek. Want het dichten van die twee of drie gaatjes verliest elke betekenis, als de AP de andere 99% van de gaatjes willens en wetens open laat staan, en ook nog eens het signaal geeft dat oké te vinden.<sup>34</sup>

Het enige wat de AP in de afgelopen vijfenhalf jaar heeft gedaan, is zoveel mogelijk de hakken in het zand zetten als het gaat om de bescherming van reële privacy (zie paragraaf 2.6). Naar aanleiding van de door mij ingediende handhavingsverzoeken heeft de AP een enorme hoeveelheid tijd, energie en expertise besteedt aan pogingen om mijn privacy juist niet te beschermen. Wat een verspilling van publiek geld! Het is niet alleen taakverzuim, maar ook verraad aan de Nederlandse burgers.

#### ***De AP staat zelf onder druk - maar blijft ook een verkeerde houding aannemen***

**(3)** Na 25 mei 2018 leek het een jaar lang alsof de voorzitter van de AP, dhr. Aleid Wolfsen, dit fundamentele probleem simpelweg ontkende, getuige zijn publieke uitlatingen dat het in Nederland “goed gaat met de privacybescherming”. Zijn veelvuldige retoriek over hoe belangrijk privacy ook volgens hem en volgens de AP zou zijn, verloor op die manier elke geloofwaardigheid.<sup>35</sup> Uitgangspunt voor het veel te kleine budget van de AP was een op zeer onrealistische aannames gestoeld onderzoek uit 2017.

**(4)** Achter de schermen schijnt de AP ondertussen discreet te hebben aangedrongen op meer budget om haar taak adequaat te kunnen gaan uitvoeren. In september 2019 is door de Minister voor Rechtsbescherming (Sander Dekker) alsnog een extern onderzoek naar de financiering van de AP aangekondigd, waarvan de uitkomst begin 2020 wordt verwacht.<sup>36</sup>

**(5)** Maar ook als de AP in de toekomst de beschikking krijgt over een realistisch budget en een realistische personeels capaciteit, zal dat op cruciale punten niet helpen zolang de AP de wet (AVG en EVRM) blijft interpreteren zoals zij tot op heden doet. Van de AP moet, zeker gezien haar formele “onafhankelijkheid” van de regering, gevergd worden dat zij haar interpretatie van

<sup>34</sup> Bezwaarschrift Jonker d.d. 19 april 2019, paragraaf 1 (pp. 2-3). Het ging hierbij om zes privacy-schendingen waarbij ik me vanwege die overmacht genoodzaakt zag er vooralsnog in te berusten. Vanwege het privé-karakter daarvan, heb ik de opsomming van die schendingen door de AP onleesbaar laten maken voorafgaand aan doorzending van het bezwaarschrift aan de derde-belanghebbende (Focus Filmtheater).

<sup>35</sup> Zie bijv. Belia Heilbron Emy Koopmans, “De tragedie van het privacy-toezicht”, in: *De Groene Amsterdammer*, 16/17 januari 2019 (internet/papier), <https://www.groene.nl/artikel/de-tragedie-van-het-privacytoezicht>. Overigens schijnt het in veel andere EU-lidstaten met het toezicht nog slechter te zijn gesteld met het privacy-toezicht.

<sup>36</sup> Zie bijv: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/extern-onderzoek-naar-financiering-autoriteit-persoonsgegevens>; en [https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/kamerbrief\\_taken\\_en\\_budgetontwikkeling\\_ap.pdf](https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/kamerbrief_taken_en_budgetontwikkeling_ap.pdf)

geldende wet- en regelgeving niet aanpast aan de middelen die de minister wel of niet bereid is beschikbaar te stellen. In plaats daarvan mag van de AP worden verwacht, ook rechtens, dat zij het doel en de bepalingen van de verdragen en de Europese regelgeving waaraan zij haar bestaan en haar legitimiteit ontleent, voorop blijft stellen.

Dit betekent ook dat de AP er, in ieder geval tegenover verzoekers om handhaving, openlijk voor uit moet komen als het beleid van de minister haar verhindert haar onafhankelijke taak effectief en naar behoren uit te voeren. De AP moet dan in procedures niet het beleid van de minister gaan verwoorden en verdedigen, maar haar eigen wettelijke taak als onafhankelijke toezichthouder.

Vermoedelijk wreekt het zich op dit punt dat ook de huidige voorzitter van de AP, dhr. Wolfsen, weer op niet-transparante, politiek gronden is benoemd. Voor een nadere toelichting over het gebrek aan onafhankelijkheid van Nederlandse actoren op het gebied van privacy, zie de bijvoorbeeld de motivering d.d. 29 oktober 2019 in mijn hoger beroep inzake NS en de OV-chipkaart.<sup>37</sup> en mijn analyse *OV-data-jacht: op weg met surveillance corporatism*.<sup>38</sup>

### ***Privacy-wetgeving in relatie tot overmacht en beweerde overmacht***

**(6)** Het uit wet- en regelgeving en jurisprudentie voortvloeiende vereiste van een "hoog, doeltreffend en volledig beschermingsniveau" op het gebied van privacy, maakt duidelijk dat de manier waarop de AP de afgelopen jaren is omgegaan met mijn handhavingsverzoeken, inclusief de thans voorliggende casus, onrechtmatig is. Door mij met overmacht te bedelven onder een groot aantal uitputtende procedures, laat de AP van mijn recht op privacy niets over. De AP negeert op deze wijze dat het altijd gaat om de bescherming van de privacy van personen. Het is niet de bedoeling van het EVRM en de AVG om Europese burgers te dwingen om te kiezen welke onderdelen van hun privacy ze beschermd willen zien, en welke onderdelen van hun privacy ze in ruil daarvoor moeten afstaan. Toch is dat het rechtstreekse resultaat van de structurele, feitelijke handelwijze van de AP.

Uit het EVRM en de AVG volgt een plicht voor de AP om transparant te zijn over de mate waarin zij in staat wordt gesteld haar wettelijke taak naar behoren te vervullen. Als de AP om politieke of andere redenen weigert om die transparantie in praktijk te brengen en voldoende daadkrachtig op te komen voor de beschikbaarstelling van de noodzakelijke middelen, dan kan dat niet dienen als rechtvaardiging vormen voor het afwijzen van handhavingsverzoeken.

Meer over de taak van de AP als toezichthouder in paragraaf 2.7.

### ***Rol van de rechter als het gaat om overmacht en beweerde overmacht***

**(7)** In dit krachtenveld is het de taak van de rechter om de wet voorop te stellen, en op die manier enerzijds de AP te wijzen op haar taakverzuim, en anderzijds de AP daarmee ook te steunen in het betrachten van transparantie over de mate waarin extra middelen noodzakelijk zijn. Meer over de taak van de rechter in paragraaf 2.8.

<sup>37</sup> Motivering Jonker d.d. 29 oktober 2019, paragraaf 1.4 (pp. 6-7). Bijgevoegd als bijlage bij dit beroepschrift. Tevens gepubliceerd op [www.privacyfirst.nl](http://www.privacyfirst.nl).

<sup>38</sup> Zie: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtvelden/mobiliteit/item/1158-rondetafelgesprek-tweede-kamer-over-toegang-tot-ov-data.html> (link naar de tekst onder update 8 oktober 2019).

## 2.6 Reële privacy als handhavingscriterium conform artikel 8 EVRM

(1) Artikel 8 EVRM vereist, mede met het oog op een "hoog, doeltreffend en volledig" beschermingsniveau, een materiële, objectiveerbare noodzaak voor inbreuken op de privacy. Dit veronderstelt ook dat "privacy" wordt opgevat als materiële, dat wil zeggen reële privacy. Zulke privacy wordt niet gerealiseerd als er alleen sprake is van "privacy" in de zin van een mededeling op papier dat een verwerkingsverantwoordelijke de intentie heeft om te voldoen aan bepaalde formele regels die zijn opgesteld ten aanzien van privacy, of van mening is dat hij feitelijk aan die formele regels voldoet.

Immers, als middel voor een adequate beoordeling of er sprake is van reële privacy, kunnen meningen van een belanghebbende of diens schriftelijke mededelingen hooguit dienen als voorlopige, secundaire indicatoren. Alleen onafhankelijke waarnemingen (observaties) van de feitelijke situatie en de feitelijke gang van zaken kunnen uitsluitel verschaffen.

Een toezichthouder die slechts afgaat op de (schriftelijke of mondelinge) beweringen van een verwerkingsverantwoordelijke, houdt zich niet bezig met toezichthouden, maar met het bedienen en sauveren van een organisatie die persoonsgegevens wil verwerken.

Een toezichthouder die wèl echt toezicht houdt, is in staat en bereid om zijn beoordeling van ingediende handhavingsverzoeken te baseren op onafhankelijke waarnemingen van de reële situatie, dat wil zeggen op voorhanden feitenmateriaal waaruit kan worden opgemaakt of er sprake is van reële privacy, of hooguit van een loze schijn van privacy.

Dit roept de vraag op: wat houdt reële privacy eigenlijk in? Wat betekent deze term?

### ***Reële privacy heeft betrekking op het leven van betrokkene, niet slechts op data-stromen***

(2) Reële privacy heeft altijd betrekking op het leven van personen. Dit is ook vastgelegd in de definitie in het EVRM: privacy-bescherming heeft betrekking op de eerbiediging van de "privé-leven" van personen (artikel 8 lid 1 EVRM).

Hieruit volgt dat privacy zeker niet alleen betrekking heeft op data-stromen die gerelateerd zijn aan het leven van een persoon, maar eerst en vooral op dat leven zelf. De data-stromen zijn slechts een afgeleide van dat leven, maar zijn niet dat leven zelf. Ook kan iemands leven niet volledig worden begrepen, gedefinieerd of gevangen in termen van data. Een leven is altijd meer dan alleen de data die daarop betrekking hebben.

(3) Uit het feit dat het leven van een mens meer behelst dan alleen data-stromen, kunnen verschillende conclusies worden getrokken, waaronder de volgende:

- a) De AVG, die "persoonsgegevens" beschermt, beschermt niet alle aspecten of onderdelen van de privacy. De AVG vormt dus niet meer dan een uitwerking van een deel van artikel 8 EVRM. De AP heeft tot taak ook de rest van mijn privacy te beschermen. Dit doet overigens niets af aan de verplichting van de AP om de AVG te interpreteren in overeenstemming met artikel 8 EVRM.

- b) De beoordeling of er in een specifiek geval sprake is van (eerbiediging van) reële privacy, kan nooit worden gemaakt indien men uitsluitend de aan dat leven gerelateerde data-stromen in beschouwing neemt. Naast die data-stromen moeten ook de andere aspecten van het betreffende mensenleven in beschouwing worden genomen, om tot een adequate beoordeling te kunnen komen.
- c) Dit laatste betekent bijvoorbeeld dat er bij een beoordeling of iemands privacy wordt geëerbiedigd, ook het bewustzijn van diegene wordt betrokken. Bijvoorbeeld iemands bewustzijn van het feit dat hij in een specifiek geval in de praktijk zelf geen (tijdig) inzicht en ook geen (tijdige) controle heeft waar (d.w.z. bij welke overheden, semi-overheden en "commerciële dienstverleners") zijn persoonsgegevens terecht komen.
- d) Dit bewustzijn kan de mentale vrijheid van iemand beïnvloeden, evenals diens feitelijke gedrag.
- Iemand kan bijvoorbeeld overgaan tot risico-mijdend gedrag in de vorm van vermindering van (op zich volstrekt legaal) contact met mensen met wie hij achteraf niet via digitale middelen geassocieerd wil kunnen worden - bijvoorbeeld niet in verband met gezamenlijke bezoek aan films met bepaalde thema's.
  - Of iemand kan overgaan tot schijngedrag: het regisseren van een misleidend imago of een misleidend digitaal en papieren spoor ("paper trail") met betrekking tot zichzelf. Iemand kan bijvoorbeeld bewust kaartjes aanschaffen voor allerlei films, om te maskeren dat daar ook films tussen zitten die zijn speciale interesse hebben.
  - Of iemand kan er, ter vermindering van keuzestress en mogelijke toekomstige negatieve beoordelingen (bijv. geautomatiseerde scores of "risico-indicaties"), voor kiezen om bepaalde films bij voorbaat "niet interessant" of zelfs "waardeloos" of "slecht" te vinden (internalisering van taboes ter vermindering van risico's).

Zonder effectieve handhaving van reële privacy koersen we rechtstreeks af op een samenleving waarin elke Nederlander voor dergelijke keuzes zal worden gesteld.

***Reële privacy heeft betrekking op het feitelijke, analoge leven van de betrokkene***

**(4)** In samenhang met het voorgaande, moet nog expliciet worden benoemd dat reële privacy niet slechts betrekking heeft op de mate waarin iemands privé-leven in theorie wordt beschermd, maar eerst en vooral op de mate waarin hun privacy in de praktijk effectief wordt beschermd.

**(5)** Op dat punt doet zich bijvoorbeeld het probleem van "incongruentie" voor, dat optreedt wanneer de woorden van verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers niet congruent zijn met hun handelen. In de realiteit zijn twee soorten incongruentie wijdverbreid:

- a) De verwerkingsverantwoordelijke of verwerker zegt de privacy van betrokkenen (klanten, cliënten, burgers, patiënten, leden, bezoekers, deelnemers) enorm belangrijk te vinden, maar handelt daar in de praktijk niet naar. Wellicht het meest bekende voorbeeld tot op heden is het jarenlange gedrag Facebook.
- b) De verwerkingsverantwoordelijke zegt zich aan alle formele wettelijke regels te houden, maar handelt daar in de praktijk niet naar. Er zijn allerlei mogelijkheden om ook in de EU de regels te ontduiken. Enkele voorbeelden:



- kleine lettertjes in privacy-voorwaarden die export van gegevens naar landen buiten de EU toestaan (bijv. naar "filialen" of "partners" van de verwerkingsverantwoordelijke in alle delen van de wereld);
- het management van een verwerkingsverantwoordelijke geeft "onder de radar" mondelinge instructies aan medewerkers die afwijken van het beleid op papier (rechtstreeks of indirect, bijvoorbeeld vergelijkbaar met de instructie van een redacteur aan journalisten dat die "een goed verhaal niet moeten doodchecken");
- het management doet geen moeite om bepaalde risico's in de data-systemen (m.b.t. gevoeligheid voor menselijke en/of "technische" fouten) onder de aandacht te brengen van de eigen Functionaris Gegevensbescherming (FG) of ingehuurde Data Protection Officers (DPO's) - en wast tegelijk zijn handen in onschuld omdat er immers een FG en één of meer DPO's in de organisatie rondlopen die "ervoor moeten zorgen".

**(6)** Tot dusverre heeft de AP in de door mij gevoerde zaken consequent een houding aangenomen waarin zij zonder meer vertrouwt op geruststellende beweringen van verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers, bijvoorbeeld in antwoord op schriftelijke vragen van de AP. Daarmee heeft de AP zichzelf als toezichthouder volstrekt ongeloofwaardig gemaakt.

**(7)** Ook negeert de AP aanwijzingen dat er in de praktijk onzorgvuldig met persoonsgegevens of andere delen van de privé-sfeer van mensen wordt omgegaan. In de huidige casus negeert de AP bijvoorbeeld informatie waaruit blijkt dat Google, als sub-verwerker van persoonsgegevens die worden verzameld bij de aanschaf van een bioscoopkaartje via de webshop van Focus Filmtheater, zich vrij acht deze persoonsgegevens te delen met ca. honderd "filialen" in alle delen van de wereld, en dat Google bovendien heeft bedongen dat de verantwoordelijkheid voor eventuele privacy-aantastingen bij zijn opdrachtgevers ligt. Gezien het slechte track-record van Google op het gebied van a) transparantie en b) respect voor privacy is er op deze manier allerminst aannemelijk gemaakt, laat staan aangetoond, dat betrokkenen reële privacy hebben.<sup>39</sup>

**(8)** Voorts heeft de AP, in strijd met het subsidiariteitsbeginsel, beschikbare analoge initiatieven die privacy-vriendelijker zijn dan digitale methodieken, buiten spel proberen te zetten in door mij gevoerde privacy-procedures, door te stellen dat "digitalisering een gegeven is". Dat is echter onjuist. • Ten eerste wordt elk mens nog steeds analoog geboren. We eten analoog voedsel, we gaan analoge relaties met elkaar aan en we sterven ook weer analoog. Onze levens vallen niet te reduceren tot uitsluitend digitale verschijnselen.<sup>40</sup> • Ten tweede verhindert het voorhanden zijn van digitale instrumenten en methodieken op zichzelf niet de inzet van analoge instrumenten en methodieken. De overheid en allerlei organisaties proberen het gebruik van analoge instrumenten en methodieken wel steeds moeilijker te maken. Dat is echter geen "gegeven", maar een (beleids)keuze, waartegen mensen rechtens kunnen opkomen zodra die keuze in specifieke gevallen hun grondrecht op privacy schaadt - zolang we althans nog in een rechtsstaat leven.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Zie ook paragraaf 3.5 ("Ontbrekende waarborgen") van dit beroepschrift.

<sup>40</sup> Zie ook mijn pleitnota d.d. 20 augustus 2019 in de zaak m.b.t. privacy-discriminatie en OV-chipkaart, waarvan uw rechtbank de voorlezing slechts gedeeltelijk toestond tijdens uw zitting. Tevens gepubliceerd op: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtsvelden/mobiliteit/item/1155-rechtszaak-over-privacy-anonieme-ov-chipkaart.html> (link onder de update van 20 augustus 2019).

<sup>41</sup> Ik dien mijn belastingaangifte bijvoorbeeld nog steeds op papier in. In de periode dat ik van UWV een uitkering ontving, correspondeerde ik met UWV uitsluitend op papier, ook al probeerde UWV mij aanvankelijk wijs te maken dat ik verplicht zou zijn digitaal met UWV te corresponderen. Later lekte UWV meer dan 100.000 digitale CV's.

***Reële privacy betekent dat de betrokkene controle heeft over zijn persoonsgegevens***

(9) In verschillende privacy-zaken heb ik de afgelopen jaren gewezen op het feit dat het bij het vraagstuk of er sprake is van reële privacy in relatie tot persoonsgegevens steeds gaat om de vraag wie er feitelijke macht heeft over de betreffende persoonsgegevens.

(10) In mijn zienswijze d.d. 6 december 2018 naar aanleiding van het voornemen van de AP om haar door mij afgedwongen handhavingsmaatregel ten aanzien van de Arnhemse afvalpas weer op te heffen, schreef ik bijvoorbeeld:

Van belang is hierbij dat het antwoord op de vraag of er sprake is van verwerking van persoonsgegevens, bepaald wordt door het criterium **wie er controle heeft** over de betreffende gegevens. Als ik, in mijn hoedanigheid van data-subject (in jargon: "betrokkene") een paspoort op zak draag, dan heb ik zelf controle over mijn persoonsgegevens en worden die dus niet verwerkt (zolang dit paspoort niet van afstand stiekem of openlijk wordt "gescand"). Maar zodra de controle (beschikking, macht) over die persoonsgegevens overgaat naar een geautomatiseerd systeem waarover ik niet zelf beschik, is er sprake van verwerking van mijn persoonsgegevens.<sup>42</sup>

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

"(...) Alhoewel de reiziger eigenaar is van zijn eigen reisgegevens, bepalen de ov-aanbieders welke data toegankelijk wordt en wie daar toegang tot krijgt." Die laatste zin schreef OpenGeo met kennelijke instemming. Maar wat betekent het "eigenaarschap" over je eigen privé-gegevens nog, als je geen enkele zeggenschap meer hebt over wat er met die gegevens gebeurt? Dan is het niet meer dan een vlag op een hoop stront.<sup>43</sup>

(11) Het gaat bij de controle **van** burgers over hun persoonsgegevens steeds over twee vormen van controle. Ten eerste de macht om daadwerkelijk te bewerkstelligen wat er wel en niet met de betreffende persoonsgegevens gebeurt, en ten tweede de macht om, onafhankelijk van de assistentie van andere personen, zelf inzicht te hebben in wat er wel en niet met de betreffende persoonsgegevens gebeurt. Reële privacy betekent dat beide vormen van controle in handen blijven van de betrokkene.

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

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

<sup>42</sup> Zienswijze d.d. 6 december 2018, paragraaf 3.4.3, randnummer (6) (pag. 11).

<sup>43</sup> M. Jonker, "OV-data-jacht: op weg met *surveillance corporatisme*", paragraaf 4 (pag. 6).

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

**(13)** Begrijp me goed, ik ben niet tegen macht. Elke samenleving kent machtsverhoudingen. Maar ik ben wel tegen:

- a) een al te grote naïviteit over macht en machtsmechanismen;
- b) al te grote machtsongelijkheden - leidend tot onderdrukking, uitbuiting en roofbouw;
- c) taboes om machtsongelijkheden en machtsmechanismen te benoemen;
- d) taboes om die taboes te benoemen ("je moet ons wel een beetje vertrouwen; door dingen telkens te willen benoemen, geef je blijk van paranoia; je kunt beter je mond wat vaker houden, voor je eigen bestwil - dat zou jouw leven makkelijker maken, omdat wij jouw leven dan minder moeilijk zouden maken - begrijp je wel?").

Reële privacy is een voorwaarde voor de instandhouding van de *checks and balances* (macht en tegenmacht) die onontbeerlijk is voor het voortbestaan van een (redelijk) vrije samenleving.

#### **Contante betaling als voorwaarde voor reële privacy**

**(14)** Contante betaling van toegangsbewijzen voor de bioscoop is tot op heden de enige manier om te kunnen betalen zonder dat ik persoonsgegevens hoeft af te staan, en zonder dat die gegevens jarenlang (kunnen) worden bewaard. De afgelopen jaren is keer op keer duidelijk geworden:

- a) dat elk grootschalig digitaal systeem hackbaar is, en dat uit elk systeem vroeg of laat gegevens weg zullen lekken als gevolg van hacken, technische fouten of onbeheersbare complexiteit, menselijke fouten, misbruik van bevoegdheden en/of kwaadwilligheid;<sup>44</sup>
- b) dat overheden en bedrijven, ook in Europese rechtsstaten, zich in de praktijk lang niet altijd iets aantrekken van geldende privacy-regels, en dan achteraf, na de schending daarvan, niet effectief ter verantwoording kunnen worden geroepen, terwijl de schending ook niet ongedaan kan worden gemaakt;
- c) dat de aanname dat democratische rechtsstaten ook altijd democratische rechtsstaten zullen blijven, niet juist is. In allerlei landen zien we autoritaire, anti-rechtsstatelijke bestuursvormen opkomen en/of zich in toenemende mate bezondigen aan het steeds ingrijpender bespieden en manipuleren van hun onderdanen, waarbij eventuele formele juridische waarborgen worden omzeild of zelfs afgebroken. Bijvoorbeeld in Rusland, China, de Verenigde Staten, Turkije, Hongarije en Polen. In Nederland hebben we inmiddels de Sleepwet. In Frankrijk heeft de in 2015 uitgeroepen noodtoestand op 3 oktober 2017 een permanent karakter gekregen, inclusief verregaande bevoegdheden van geheime diensten

---

<sup>44</sup> Een recent voorbeeld is het schandaal rond Facebook, Cambridge Analytica en een wetenschapper met Russische connecties, waarbij de persoonsgegevens van honderden miljoenen Facebook-gebruikers toegankelijk werden voor onbevoegden, vermoedelijk met medeweten van de leiding van Facebook ("abusability by design"). Vermoedelijk zijn sommige van deze persoonsgegevens ook in handen gekomen van (geheime diensten van) een autoritaire staat waarin het met de mensenrechten zeer slecht is gesteld (Rusland).

om over elk aspect van het privé-leven van inwoners persoonsgegevens te verzamelen, ook zonder concrete verdenking.<sup>45</sup>

- d) dat het hierbij, conservatief geschat, alleen al in Nederland om zo'n honderd miljoen betalingen per dag gaat (uitgaande van een half dozijn transacties per inwoner per dag).
- e) dat het door middel van profilering mogelijk is ook zogeheten "afgeleide" of "geanonimiseerde" gegevens te herleiden tot personen.

Op grond hiervan is het van groot belang om geen persoonsgegevens zonder noodzaak in enig digitaal systeem te verwerken. Immers, elk gegeven dat tot een persoon herleid kan worden en dat in zo'n systeem wordt opgeslagen, kan in de toekomst in verkeerde handen vallen en/of worden misbruikt. De enige manier om persoonsgegevens effectief te beveiligen, is om er niet over te beschikken. Dit is ook de gedachte achter "zero knowledge"-technieken en -methoden die nog in ontwikkeling zijn, inclusief sommige vormen van "privacy by design". Alleen zo kan reële privacy worden behouden.

Contante betaling van aankopen die iets onthullen over het leefpatroon, de gedachten en de relaties van burgers, is tot dusverre de enige manier om die transacties te laten plaatsvinden zonder dat persoonsgegevens die betrekking hebben op die aankopen, in grootschalige digitale systemen worden verwerkt zonder dat de betrokkenen daar nog effectieve controle op hebben.

#### ***Reële privacy als centrale norm in het beoordelingskader***

**(15)** Ten slotte moet ik hier nog bespreken wat ik de "fatalistische tegenwerping" noem. Dat is het veel gehoorde argument dat "reële privacy" allang niet meer bestaat en dat iedere burger die dat nog verwacht, onrealistisch en bovendien naïef is. Deze tegenwerping wordt onder andere op de volgende manieren geformuleerd:

"Ze weten toch al alles van je. Daar doe je niks meer aan." (iemand in de kroeg)

"Jonker is een Don Quichot. Ze moeten hem opsluiten in een inrichting." (reaguurder)

"Digitalisering is een gegeven" (topadvocaat, ingeschakeld door de AP, 4 september 2017)

**(16)** Ik ben niet naïef over hoe het er op dit moment met onze privacy in de realiteit voorstaat. Maar degenen die deze tegenwerping maken, vergeten dat het terugwinnen van reële privacy begint met het terugwinnen van reële privacy als norm. Wanneer de geldende wet- en regelgeving weer op een realistische (en dus niet slechts formalistische) manier geïnterpreteerd wordt, conform de bedoeling van de opstellers van het EVRM, is er al veel gewonnen. Dan ontstaat er namelijk weer perspectief op een serieuze eerbiediging van het privé-leven van mensen.

**(17)** Zolang Nederland nog is aangesloten bij het EVRM, is het aan Nederlandse rechters om op dit punt het voortouw te nemen zodra er een relevante casus aan hen wordt voorgelegd. Dit kan uw rechtbank doen door van (de bescherming van) reële privacy de centrale norm in uw beoordelingskader te maken, en die norm bepalend te laten zijn voor uw overwegingen, met name ook uw overwegingen ten aanzien van proportionaliteit.

---

<sup>45</sup> Zie bijvoorbeeld: <http://www.dewereldmorgen.be/artikel/2017/10/05/3-oktober-2017-de-dag-waarop-de-franse-rechtstaat-werd-uitgezwaaid>. Geraadpleegd: 8 juli 2018.

## 2.7 De taak van de AP als toezichthouder

De handelwijze van een nationale privacy-toezichthouder die zijn wettelijke taak op grond van het EVRM en de AVG adequaat vervult, heeft in de voorbereiding op en ten tijde van de toetsing of de noodzaak, subsidiariteit en proportionaliteit van de gegevensverwerking zijn aangetoond, op zijn minst de volgende acht kenmerken:

- (1) De toezichthouder stelt het belang van de betrokkene (het data-subject) centraal, en legt de last om te bewijzen dat er bij de verwerking van persoonsgegevens voldoende rekening wordt gehouden met dat belang, nadrukkelijk en consequent bij de verwerkingsverantwoordelijke, conform artikel 5 lid 2 AVG.

Dit hangt samen met de wijze waarop een goede toezichthouder omgaat met het begrip “aannemelijkheid”. De afgelopen vijf jaar heb ik in verschillende zaken moeten constateren dat de AP, ondanks haar formele “onafhankelijkheid”, net als veel bezwarencommissies (*bien étonnés de se trouver ensemble?*), de neiging heeft om de opvattingen van bestuursorganen en andere verwerkingsverantwoordelijken veel sneller “aannemelijk” of “niet onaannemelijk” te achten dan de opvattingen van betrokkenen. Op die manier verplaatst de AP ten onrechte, op een impliciete manier, de bewijslast van de verantwoordelijke naar het data-subject (de betrokkene).

Voor een hoog beschermingsniveau is het nodig dat de AP de aannemelijkheid van de opvattingen van verwerkingsverantwoordelijken kritisch gaat benaderen, en dat de AP ophoudt met de opvattingen van betrokkenen onkritisch weg te wuiven.

- (2) De toezichthouder komt op voor de bescherming van personen, en niet slechts voor de bescherming van de data-stromen die op personen betrekking hebben. Dit betekent dat de toezichthouder kijkt naar de situatie waarin personen daadwerkelijk verkeren, en naar de risico's die personen lopen of in de toekomst kunnen lopen als een vorm van gegevensverwerking wordt toegestaan waartegen iemand opkomt door middel van een melding, een klacht of een handhavingsverzoek.
- (3) De toezichthouder neemt geen genoegen met vaagheden van de kant van verwerkingsverantwoordelijken, maar vraagt kritisch door, net zolang totdat duidelijk is wat er aan de hand is, of totdat duidelijk is dat de verantwoordelijke niet kan of wil duidelijk maken wat er werkelijk aan de hand is.
- (4) De toezichthouder interpreteert de wet zoveel mogelijk in het voordeel van de privacy. Het is immers de rol van de toezichthouder om de persoonlijke levenssfeer van mensen zoveel mogelijk te beschermen, en het is niet de rol van de toezichthouder om zoveel mogelijk op te komen voor institutionele of commerciële belangen van verwerkingsverantwoordelijken.

Tot dusverre doet de AP in de casussen die ik heb aangevoerd, het omgekeerde, en probeert linksom of rechtsom wetsinterpretaties te bedenken die afbreuk doen aan mijn recht op privacy. Daarmee neemt de AP de rol aan van een advocaat van verwerkingsverantwoordelijken die zo min mogelijk rekening willen houden met privacy. Dat is in strijd

met de plicht van nationale toezichthouders in de EU om een hoog beschermingsniveau te realiseren.

- (5) De toezichthouder durft te handhaven en doet dat ook voortvarend als daar aanleiding voor is. Het is geen schande als een toezichthouder daarbij een keer wordt teruggefloten door de rechter: zo worden juridische grenzen afgebakend. Het is echter wèl een schande als de toezichthouder teruggefloten wordt door een rechter omdat de toezichthouder het privacy-belang van beschermwaardige personen jarenlang onder het vloerkleed heeft geveegd.

Want dat laatste betekent dat de toezichthouder zijn wettelijke taak om een hoog beschermingsniveau te realiseren, al die tijd niet heeft vervuld.

Verwerkingsverantwoordelijken zijn (vaak grote) organisatie die zich de inhuur van een deskundige of een advocaat kunnen veroorloven. Betrokkenen (data-subjecten) zijn individuele burgers die in de praktijk veel minder toegang hebben tot know-how en ook niet de middelen hebben om betaalde deskundigen of advocaten in te schakelen. Voor deze burgers moet de AP er zijn. Anders is er geen sprake van een gelijk speelveld, laat staan van een hoog beschermingsniveau.

- (6) De toezichthouder moet ervoor kiezen om als onderzoeksobject de feitelijke, concrete werkelijkheid te nemen, en zich niet te beperken tot het passief overnemen van uitlatingen op papier van verwerkingsverantwoordelijken. Alleen op die manier kan de AP voorkomen dat verwerkingsverantwoordelijken een papieren werkelijkheid construeren, bijvoorbeeld in de vorm van "beleid", waarachter een heel andere feitelijke handelwijze schuilgaat.

Ik heb de AP in verschillende casussen gewezen op het "vloeibare" karakter dat persoonsgegevens in de praktijk hebben, waardoor de verspreiding ervan niet te stoppen valt met middelen die alleen gericht zijn op het tegenhouden van "brokjes" informatie. Een goede privacy-toezichthouder gaat in zijn beoordeling van privacy-vraagstukken uit van de werkelijke eigenschappen van kennis, data, informatie en informatiestromen, zoals die zich in de praktijk voordoen.

- (7) De toezichthouder moet ervoor kiezen om specifieke privacy-zaken te onderzoeken en te behandelen in hun samenhang met de bredere problematiek waar deze zaken deel van uitmaken. Dit betekent vier dingen:

- Handelingen en/of (beleids)regels die in combinatie met elkaar leiden tot een inbreuk op de privacy, moeten in samenhang met elkaar worden gezien en onderzocht.
- Verschillende inbreuken op de privacy die (mede) worden gepleegd door één en dezelfde verantwoordelijke, moeten in samenhang met elkaar worden gezien en onderzocht;
- Verschillende inbreuken op de privacy en het gedrag van verschillende verwerkingsverantwoordelijken die gelijksoortige doelen nastreven (bijvoorbeeld: vervoerbedrijven, of: gemeenten) moeten in samenhang met elkaar worden gezien en onderzocht;

- Handelingen waarmee verwerkingsverantwoordelijken, bewust of (quasi-)onbewust, (risico's op) inbreuken op de privacy van mensen veroorzaken, moeten in samenhang met het gehele actuele krachtenveld op het gebied van privacy worden gezien en onderzocht, waarbij analyses zoals *The Age of Surveillance Capitalism* (S. Zuboff) een handvat vormen.

De logica van het streven naar commerciële en politieke macht zorgt er in de praktijk voor dat veel leiders van bedrijven en overheden telkens de grenzen van de wet, en met name ook de grenzen van de verwachte elasticiteit van de wetshandhaving zullen opzoeken, ten behoeve van hun eigen professionele overleving en ten behoeve van de overleving en versterking van de organisaties waaraan zij leiding geven. Dat is de samenhang waarin de AP effectief moet opereren. Als de AP niet bereid is werkelijk te handhaven (haar tanden te laten zien) maar blijft hopen op een illusoire "zelfregulatie" van bedrijven en overheden, dan zal de privacy nooit adequaat worden beschermd. Hoogleraar S. Zuboff schrijft hierover onder andere:

Companies are expected to self-regulate by following guidelines suggested by the Federal Trade Commission (FTC) and other government agencies (...). The agencies' well-meaning guidelines overlook the inconvenient truth that transparency and privacy represent friction for surveillance capitalists in much the same way that improving working conditions, rejecting child labor, or shortening the working day represented friction for the early industrial capitalists. It took targeted laws to change working conditions back then, not suggestions. Then as now, the problems to which these pleas for self-restraint are addressed cannot be understood as excesses, mistakes, oversights, or lapses of judgment. They are necessitated by the reigning logic of accumulation and its relentless economic imperatives.<sup>46</sup>

Alleen als de toezichthouder bereid is het reële bestaan van deze samenhangende logica van macht en overleving onder ogen te zien, en in dat krachtenveld zijn rol effectief te vervullen door middel van daadwerkelijk onderzoek en daadwerkelijke handhaving, zal de privacy adequaat kunnen worden beschermd.

- (8)** De toezichthouder moet ervoor kiezen om tegen schijnbaar kleine aantastingen van privacy die onderdeel vormen van een stapsgewijze, geleidelijke afbraak van privacy, effectief handhavend op te treden. Alleen op die manier kan de toezichthouder voorkomen dat verwerkingsverantwoordelijken hun schendingen van privacy opsplitsen in kleine deelstapjes, zowel waar het gaat om hun beleid als waar het gaat op hun feitelijke handelen, en daarmee stukje bij beetje veranderingen doordrukken ("onder de radar") die onacceptabel zouden worden geacht als die in één keer openlijk werden beslist en geïmplementeerd.

\* \* \*

---

<sup>46</sup> S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, Hachette Book Group, 2019, pag. 249.

- (9)** Door de zojuist genoemde acht normen in praktijk te brengen, kan een privacy-toezichthouder:
- de kwaliteit van zijn resultaten zo groot mogelijk maken, voor zover de beperkingen van zijn kennis, ervaring en personeelscapaciteit dat toestaan;
  - zijn kennis en ervaring zo snel mogelijk uitbreiden;
  - zichzelf helpen onafhankelijk te blijven van machtsstructuren en lobbygroepen.

Tot dusverre heeft de AP bij het beschermen van reële privacy geen enkele van deze normen in praktijk gebracht.

**(10)** Als de AP, zoals tot dusverre, weigert die normen in praktijk te brengen omdat zij dat niet wil (bijvoorbeeld om politieke redenen), dan pleegt de AP, als in naam "onafhankelijke" toezichthouder, verraad aan mensenrechten, aan de wet, aan de Nederlandse burgers, aan zichzelf als professionele toezichthouder en aan de rechtstatelijkheid van Nederland en de Europese Unie.<sup>47</sup>

In Noord- en West-Europa wordt de laatste jaren door politici en bestuurders verontrustheid getoond over anti-democratische tendensen in oostelijke en zuidelijke EU-lidstaten zoals Polen, Hongarije, Italië en Malta. Maar ook in Noord- en West-Europa is er sprake van een diepe rot in de instituties die onze rechtsorde en onze mensenrechten zouden moeten beschermen. Alleen wordt die iets slimmer aan het oog onttrokken. En voor die camouflage is hier ook meer geld beschikbaar.

Het gedrag van de AP is daar een voorbeeld van. Voordat Nederlandse bestuurders en politici met de vinger naar andere landen wijzen, zouden zij eerst hun eigen huis op orde moeten brengen. Liefst uit eigen beweging. Maar als dat helaas vooralsnog niet gebeurt, dan met hulp van de rechterlijke macht - in dit geval met hulp van uw rechtbank.

---

<sup>47</sup> In een ander beroepschrift (d.d. 24 mei 2019; uw zaaknr: ARN 19 / 2901) sprak ik in dit verband van 'een vorm van "trahison des clercs"', waarbij de AP het gedachtengoed verraadt waarop haar eigen bestaan is gefundeerd.



## 2.8 De taak van de rechter

**(1)** Het is zeer ongebruikelijk dat iemand die een beroepschrift indient, de rechter gaat vertellen wat diens taak is. Het kan ook weerstand oproepen bij rechters die gewend zijn geraakt aan een positie waarin zij zeer eerbiedig worden benaderd door diegenen die afhankelijk zijn van hun oordeel.

Tot de uitspraken van de Rechtbank Gelderland op 5 september 2019 in enkele andere privacy-zaken<sup>48</sup> zou ik dan ook niet een paragraaf zoals deze in enig beroepschrift hebben opgenomen. Maar na die uitspraken heb ik het gevoel dat ik op het gebied van privacy-zaken, als ik een kans wil maken op succes:

- (a) genoodzaakt ben ook het beoordelingskader van u als Nederlandse bestuursrechters aan de orde te stellen;
- (b) bij uw Afdeling zonder wijziging van dat beoordelingskader weinig te verliezen heb. Immers, zonder wijziging van dat beoordelingskader zal mijn reële privacy in rechte niet worden beschermd.

Vandaar dat ik ervoor heb gekozen uw rechterlijke beoordelingskader in de huidige casus wel aan de orde te stellen.

**(2)** Het door mij voorgestelde beoordelingskader vloeit voort uit een correcte interpretatie van artikel 8 EVRM, en is verenigbaar met het EVRM en met de AVG, indien de AVG wordt geïnterpreteerd in overeenstemming met het EVRM. Niets legitiems staat uw Afdeling in de weg om u door mijn redelijke argumenten te laten overtuigen en het door mij voorgestelde beoordelingskader te hanteren.

**(3)** Op 16 december 2019 stond de rechtbank mij, in een andere privacy-zaak, niet toe mijn pleitnota voor te lezen. In die pleitnota gaf ik aan wat er mankeert aan het beoordelingskader dat de rechtbank hanteerde bij de totstandkoming van (onder andere) zijn uitspraken van 5 september 2019:

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 casu de AP], 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:

---

<sup>48</sup> Zaaknummers van uw rechtbank: ARN 18 / 546; ARN 18 / 1487; ARN 19 / 4217; ARN 19 / 4218.

- (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.<sup>49</sup>

**(4)** Het feit dat elke rechter, binnen de ruimte die wet-, regelgeving en (in het geval van lagere rechters) jurisprudentie bieden, haar beoordelingskader kan kiezen, is in de Nederlandse bestuursrechtelijke praktijk in toenemende mate ondergesneeuwd geraakt en, voor zover het de publieke communicatie van rechters (Raad voor de rechtspraak) en veel rechtsgeleerden betreft, mogelijk zelfs in een taboesfeer terechtgekomen. Dat is in zekere zin begrijpelijk, omdat het voor individuele rechters en rechtsgeleerden veiliger is om in hun uitlatingen te doen voorkomen alsof zij alleen naar recht zoeken, en niet zelfstandig, op basis van wilsuitingen, recht kiezen.

Het is echter een stilzwijgende fictie (d.w.z. een statige pretentie tegenover het grote publiek, mede bedoeld om bij dat publiek het onzagen voor het recht en voor rechters in stand te houden) dat er bij rechters en rechtsgeleerden geen sprake zou zijn van wilsuitingen ten aanzien van de vraag welk beoordelingskader er moet worden gehanteerd. Dit is vergelijkbaar met de pretentie van een priester dat hij slechts de wil van een God of goden vertolkt, of de pretentie van een politieke bestuurder dat hij zijn land louter en alleen "dient". Macht vermomt zichzelf graag.

<sup>49</sup> Pleitnota Jonker d.d. 16 december 2019, als bijlage gevoegd bij dit beroepschrift. Tevens gepubliceerd op: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtsvelden/mobiliteit/item/1164-nieuwe-rechtszaken-michiel-jonker-tegen-privacyschendingen-in-het-openbaar-vervoer.html> (via link onder update 17 december 2019).

De redenen dat mensen, of zij nu rechters, priesters, bestuurders of nog iets anders zijn, hun macht graag vermommen, hebben in hoofdzaak te maken met:

- a) hun wens om zichzelf zoveel mogelijk te beschermen tegen kritiek en agressie;
- b) hun wens om hun macht zo effectief mogelijk uit te oefenen;
- c) hun wens zonder gewetensbezwaardheid (een vorm van cognitieve dissonantie) door het leven te gaan ("wat niet weet, wat niet deert").

**(5)** Het nadeel van zo'n vermomming van macht is echter dat op die manier ook de verantwoordelijkheid voor de wijze waarop de betreffende macht wordt uitgeoefend, geheel of gedeeltelijk zoekraakt.

Dat zoekraken van verantwoordelijkheid hoeft niet heel erg te zijn, zolang de macht op een goede manier wordt uitgeoefend, bijvoorbeeld bij de keuze van een beoordelingskader voor rechtszaken over het onderwerp "privacy". Maar zodra er sprake is van een beoordelingskader dat ernstige schade toebrengt aan fundamentele burger- en mensenrechten, moet de betreffende machtsuitoefenaar (in casu de rechter) kunnen worden aangesproken op haar verantwoordelijkheid.

Alleen op die manier kan, als onderdeel van het zoeken naar recht (door de rechtzoekenden) en van de rechtspleging (door de rechters), worden bewerkstelligd dat het beoordelingskader goed wordt onderzocht en, indien daar aanleiding voor is, ook wordt aangepast, d.w.z. verbeterd.

Net als wet- en regelgeving, beleid, ethiek en de omstandigheden van het concrete geval, is het beoordelingskader van belang voor de uitkomst van een rechtszaak. Daarom moet het beoordelingskader in een rechtszaak bespreekbaar zijn, als een rechtzoekende of een rechter daarvoor aanleiding ziet. In dit geval zie ik als rechtzoekende daarvoor aanleiding.

**(6)** Uit de erkenning van de onderhevigheid van het juridische beoordelingskader aan onze eigen wil, volgt de erkenning dat het recht, *ons* recht, op een ethisch en epistemologisch moeras is gebouwd.<sup>50</sup> Er is geen absoluut houvast, uiteindelijk zijn wij aangewezen op onszelf. Bovendien beschikken wij niet over het vermogen van de baron van Münchhausen om zichzelf aan zijn haren uit het moeras omhoog te trekken. Wij zijn aangewezen op meer bescheiden middelen. Dat is beangstigend, niet eens zozeer in abstracto, maar vooral in de dagelijkse, concrete praktijk van de rechtspleging en de ontmoeting tussen mensen ter zitting. Maar het is wel de realiteit.

---

<sup>50</sup> **Kennistheorie of epistemologie** (Oudgrieks: ἐπιστήμη, *epistēmē*: kennis en λόγος, *logos*: leer), ook wel *kentheorie*, *kennisleer*, *kenleer* of *criteriologie* genaamd, is de tak van de filosofie die de aard, oorsprong, voorwaarden voor en reikwijdte van kennis onderzoekt. Het vakgebied is vooral vooraanstaand binnen de Angelsaksische analytische filosofie, die de kennisleer benadert vanuit de logica. Binnen de Europese continentale filosofie houdt met name de fenomenologie zich bezig met de vraag wat kennis behelst, echter niet vanuit de logica, maar binnen een bredere filosofische context. De wetenschapsfilosofie, die de houdbaarheid en de ontwikkeling van wetenschappelijke theorieën onderzoekt, kan worden beschouwd als een deelgebied van de epistemologie. De centrale vragen binnen de epistemologie zijn: • "Wat is kennis?" • "Wat kan ik weten?" • "Hoe wordt kennis vergaard?".

Daarnaast onderzoekt de kennisleer aan kennis verwante concepten als overtuiging, rechtvaardiging, waarheid en waarneming. Vaak wordt er gezocht naar een criterium, hetzij in de mens zelf, hetzij ergens in de buitenwereld, om als fundament van zekere, betrouwbare kennis te kunnen dienen. De epistemologie houdt zich ook bezig met het Gettier-probleem ofwel het probleem van 'schijnbare kennis', en met het filosofisch scepticisme, de filosofische stroming die meent dat de wereld onkenbaar is.

Bron: <https://nl.wikipedia.org/wiki/Kennistheorie> (geraadpleegd: 3 januari 2019).

In het belang van een goede uitkomst van de onderhavige zaak, verzoek ik, als indiener van dit hoger beroepschrift, aan u als rechters om deze realiteit, ondanks de angstaanjagendheid ervan, onder ogen te zien en u niet te verschuilen achter rechterlijke routines en andere schijnzekerheden.

Geloof u mij: ook ik vind het angstaanjagend. Maar ik vermoed dat onze rechtsstaat in een fase is gekomen waarin wegkijken niet langer een optie is. Om onze rechtsstaat te kunnen redden, zullen we bereid moeten zijn om als individuele personen de verantwoordelijkheid op ons te nemen voor de keuzes die we ten aanzien van de rechtsstaat maken, zoals die tot uiting komen in onze omgang met het recht in concrete rechtszaken. Dat geldt in de eerste plaats voor u als rechters. Maar het geldt ook voor mij als rechtzoekende. En het geldt in het bestuursrecht natuurlijk ook voor bestuursorganen zoals de AP.

**(7)** Het nemen van deze verantwoordelijkheid is niet hetzelfde als willekeur. Het verschil tussen enerzijds ***bewustzijn en acceptatie van keuzevrijheid ten aanzien van het beoordelingskader*** en anderzijds ***willekeur***, ligt in de bereidheid van een rechter of rechtzoekende om:

- a) open te staan voor nieuwe kennis, bijvoorbeeld over belangen die worden geraakt;
- b) bereidheid om ter zitting een dialoog aan te gaan, waaronder indien nodig ook een dialoog over ethische aspecten;
- c) bereidheid om, indien nodig, de eigen rechterlijke carrière op het spel te zetten als een juiste uitspraak naar verwachting niet verwelkomd zal worden door personen die invloed kunnen hebben op die carrière of de bredere sociale omgeving van de rechter;
- d) bereidheid om achteraf in rechterlijke uitspraken alle relevante overwegingen, inclusief ethische en pragmatische overwegingen, expliciet te motiveren in een rechterlijke uitspraak - ook indien die expliciet niet verwelkomd zal worden door personen die invloed kunnen hebben op de verdere carrière of de bredere sociale omgeving van de rechter.

**(8)** Zoals ik in paragraaf 2.7 ("De taak van de toezichthouder") al heb aangestipt, is het actuele krachtenveld waarin een vermeende wetsovertreding van de privacy-toezichthouder plaatsvindt, relevant voor de beoordeling van de zaak. Dit heeft te maken met het wettelijk vereiste, hoge beschermingsniveau, in relatie tot de beoordeling van de (aantoonbaarheid van) noodzaak, subsidiariteit en proportionaliteit van de gegevensverwerking.

In een krachtenveld waarin geavanceerde data-technologie, grote data-bedrijven zonder scrupules zoals Google en Facebook en talloze andere data-jagende organisaties (UWV, NS, Translink, AIVD, gemeenten, energiebedrijven etc. etc.) cruciale rollen spelen, zijn er voor een adequaat beschermingsniveau van privacy andere maatregelen van de toezichthouder vereist dan in de situaties zoals die tot aan het einde van de twintigste eeuw bestonden.

Het actuele, reële krachtenveld zal dus ook een belangrijke plaats moeten krijgen in het beoordelingskader met behulp waarvan uw Afdeling afweegt of de weigering van de AP om handhavend op te treden, rechtmatig is. Als rechters tot in hoogste instantie stilzwijgend of zelfs expliciet aan dit reële krachtenveld voorbij zouden gaan, dan zou dat duidelijk maken dat de Europese privacy-bescherming niet geloofwaardig is en in feite als dood en begraven moet worden beschouwd. In dat geval ontstaat er behoefte aan een heldin zoals in de film *Kill Bill*, die zichzelf met zeer onorthodoxe middelen omhoogwerkt uit haar graf.<sup>51</sup> Dat moeten we niet willen.

<sup>51</sup> Quentin Tarantino, *Kill Bill* (met Uma Thurman); vgl. het verhaal van de eerdergenoemde baron van Münchhausen.

### 3 Reactie op de argumentatie van de AP

#### 3.1 Gebreken in het door de AP gehanteerde beoordelingskader

(1) Het door de AP als toezichthouder gehanteerde beoordelingskader wordt bepaald door de volgende, onjuiste kerngedachte:

De verwerkingsverantwoordelijke (Focus filmtheater) **wil** iets (weigering contant geld), **dus** is het nodig, en **dus** is het toegestaan op grond van de AVG.

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

- (a) Focus Filmtheater heeft bepaalde **ambities**, in de vorm van bepaalde **algemeen geformuleerde doelen** die worden nagestreefd (bijv. "veiligheid" of "administratieve efficiëntie" - het maakt de AP niet uit wat), **dus** is er een noodzaak om persoonsgegevens te verwerken door middel van pinbetaling aan de balie of aanschaf bioscoopkaartjes via de webshop.
- (b) Focus heeft door middel van haar algemene voorwaarden een "**contract**" opgelegd en bioscoopgangers kunnen daar in de praktijk niet omheen, **dus** is er een wettelijke grondslag voor de verwerking van de persoonsgegevens.
- (c) Focus wil haar genoemde doelen en ambities **op een bepaalde manier** nastreven (namelijk d.m.v. persoonsgebonden betalings- en reserveringssystemen), **dus** zijn andere manieren niet mogelijk, **dus** moet het eerder bestaande alternatief (contante betaling aan de balie) 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) Focus zegt dat zij, haar opdrachtnemers (verwerkers) en de onderaannemers van die opdrachtnemers (subverwerkers, waaronder Google) de persoonlijke betaal- en reserveringsgegevens veilig bewaren en ze niet zomaar aan derden geven, **dus** moet iedereen, ondanks documenten waaruit blijkt dat er **geen adequate waarborg** van privacy is, erop vertrouwen dat dat wel zo is en feitelijk zo gebeurt, **dus** lopen bioscoopbezoekers weinig risico, **dus** hebben bioscoopbezoekers weinig belang bij het achterwege laten van de gegevensverwerking, en **dus** is er voldaan aan het proportionaliteitsbeginsel.

(2) 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 Focus Filmtheater het werkelijke richtsnoer zijn voor het denken van 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.

### **"Beoordelingskader"**

**(3)** Zelf vat de AP haar beoordelingskader in paragraaf 5 van het besluit op bezwaar nog veel korter samen:

*[17] De AP boordeelt ingevolge artikel 7:11 van de Awb op grond van uw bezwaar of zij bij het primaire besluit terecht heeft besloten tot afwijzing van uw handhavingsverzoek. Vervolgens wordt beoordeeld of een verandering van feiten en omstandigheden sinds het primaire besluit aanleiding geeft het primaire besluit te herroepen en een andersluidend besluit te nemen.<sup>52</sup>*

### **"Juridisch kader"**

**(4)** Daarnaast verwijst de AP echter ook, in paragraaf 3 van het besluit op bezwaar, naar het "juridisch kader" dat zij heeft gehanteerd, alsof dat geen deel uitmaakt van het beoordelingskader maar als een separaat kader moet worden gezien. In bijlage 1 bij het besluit op bezwaar zet de AP het haars inziens relevante "juridische kader" uiteen, in de vorm van een opsomming van wetsartikelen:

- (delen van) artikelen 4, 5 6, 25 en 77 uit de AVG;
- artikel 6:217 lid 1 Burgerlijk Wetboek ("Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan"); en
- artikel 11.7a leden 1 t/m 3 Telecommunicatiewet.

Wat opvalt aan de opsomming van de AVG-artikelen, is dat de AP wèl artikel 5 AVG noemt, maar daarvan alleen de aanhef en lid 1 onder a) en onder c) citeert. Ten onrechte heeft de AP kennelijk de volgende artikelleden niet betrokken bij haar heroverweging in de bezwaarprocedure:

Art. 5, aanhef en lid 1 onder b) AVG:

Persoonsgegevens moeten: b) voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verzameld en mogen vervolgens niet verder op een met die doeleinden onverenigbare wijze worden verwerkt; de verder verwerking met het oog op archivering in het algemeen belang, wetenschappelijk of historisch onderzoek of statistische doeleinden wordt overeenkomstig artikel 89, lid 1 niet als onverenigbaar met de oorspronkelijke doeleinden beschouwd ("doelbinding");

Art. 5 lid 2 AVG:

De verwerkingsverantwoordelijke is verantwoordelijk voor de naleving van lid 1 en kan deze aantonen ("verantwoordingsplicht").

**(5)** Deze beide artikelleden zijn voor de huidige casus echter cruciaal, zoals blijkt uit mijn handhavingsverzoek en mijn bezwaarschrift. Uit het achterwege laten van deze onderdelen van artikel 5 AVG moet worden geconcludeerd dat de AP bij de totstandkoming van haar besluit op bezwaar willens en wetens een onjuist, want te beperkt beoordelingskader heeft gehanteerd. Op deze manier heeft de AP naar aanleiding van mijn handhavingsverzoek en bezwaarschrift:

---

<sup>52</sup> Besluit d.d. 27 november 2019 van de AP op mijn bezwaar, paragraaf 5, pp. 3-4.

- ten onrechte niet getoetst of er sprake is van welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden waarvoor Focus Filmtheater de persoonsgegevens van bioscoopbezoekers verzamelt dan wel laat verzamelen (art. 5 lid 1 onder b) AVG);
- ten onrechte niet getoetst of Focus Film de rechtmatigheid van de gegevensverwerking kan aantonen (art. 5 lid 2 AVG).

Op die manier heeft de AP niet voldaan aan haar plicht tot integrale heroverweging naar aanleiding van het door mij ingediende bezwaar.

### **"Wijze van beoordeling"**

(6) Verderop in het besluit op bezwaar geeft de AP nog een derde indicatie met betrekking tot het door haar gehanteerde beoordelingskader, namelijk in paragraaf 7 ("Beoordeling van het bezwaar") onder het subkopje "Wijze van beoordeling door de AP" (randnummers [19] en [20]).

### **De AP zaait verwarring over haar beoordelingsmethodiek**

(7) Het onderscheid dat de AP maakt tussen een "juridisch kader", een "beoordelingskader" en een "wijze van beoordelen" is onnodig verwarrend. De vermelding van artikel 7:11 Awb had de AP beter kunnen onderbrengen in de lijst van wetsartikelen die als onderdeel van het juridisch kader worden vermeld, waarnaar wordt verwezen in paragraaf 3 ("Juridisch kader"). De vermelding dat zij ook gekeken heeft naar nieuwe feiten en omstandigheden, had de AP beter kunnen opnemen in paragraaf 7 ("Wijze van beoordelen"). Ten slotte had de AP paragraaf 3 en paragraaf 7 samen kunnen onderbrengen (elk onder een eigen subkopje) in één en dezelfde paragraaf, getiteld: "Beoordelingskader". Immers, zowel het juridische kader als de beoordelingsmethodiek maken deel uit van het kader waarin mijn handhavingsverzoek wordt beoordeeld.

Deze door mij voorgestane werkwijze had de AP er bovendien toe gedwongen om een duidelijk onderscheid te maken tussen enerzijds haar beoordelingsmethodiek en anderzijds de inhoud van haar beoordeling, dat wil zeggen haar overwegingen in dit specifieke geval. Op die manier had de AP kunnen voorkomen dat de schijn wordt gewekt, zoals nu is gebeurd, dat de AP haar beoordelingsmethodiek heeft afgestemd op een bij voorbaat door haar gewenste uitkomst van haar heroverweging.

(8) In dit beroepschrift zal ik enerzijds de "wijze van beoordelen" en anderzijds de inhoudelijke overwegingen en uitkomsten van de beoordeling alsnog van elkaar proberen te onderscheiden, om zo te kunnen komen tot een heldere analyse van de werkelijke gronden waarop het bestreden besluit is gebaseerd.

### **Foute methodiek: kijken naar data maar niet naar persoonlijke levenssfeer**

(9) Onder het kopje "Wijze van beoordelen door de AP" schrijft de AP om te beginnen het volgende:

*[19] De kern van uw betoog is in feite dat u anoniem wilt participeren in de samenleving zonder dat uw persoonsgegevens worden verwerkt. In deze specifieke casus betekent dat voor u dat u anoniem arthouse-films wilt kunnen bezoeken, zonder dat dit bijdraagt aan mogelijke profilering. U vindt dat de AP uw AVG-klacht tevens inhoudende een verzoek om handhavend op te treden derhalve niet had kunnen 'opknippen' in vier onderdelen, aangezien het volgens u gaat om een groter geheel. Feit is evenwel dat voor elk van deze*

*vier onderdelen (deels) andere persoonsgegevens worden verwerkt, deels ook met een ander doel. Elke verwerking dient behoorlijk en rechtmatig te geschieden. De AP toetst bij iedere verwerking die volgens u een overtreding van de AVG oplevert of daarvan sprake is.*

**(10)** De AVG geeft hier blijk van het misverstand dat een separate toetsing van vier onderdelen het onmogelijk zou maken om tevens het geheel te toetsen. Dat laatste had de AP bijvoorbeeld kunnen doen mede op basis van voorafgaande toetsing van de vier onderdelen. Ik heb nooit beweerd dat de AP de separate onderdelen niet zou mogen toetsen als onderdeel van de totale afweging. Wel heb ik aangevoerd dat in de uiteindelijke, integrale afweging (heroverweging) de bescherming van mijn persoonlijke levenssfeer centraal moet staan, en dat er daarom niet kan worden volstaan met uitsluitend de toetsing van vier separate verwerkingen van persoonsgegevens. Ik schreef onder andere:

In haar primaire besluit gaat de AP ten onrechte aan deze kern van het probleem voorbij, door zich slechts te richten op de vraag of er met betrekking tot de vier separaat genoemde situaties, in isolement van elkaar gezien, sprake is van een grondslag voor verwerking, en van proportionaliteit en subsidiariteit.

Los van de wijze waarop de AP deze vraag voor elk van de vier genoemde situaties beantwoordt (waarover later meer), moet eerst worden geconstateerd dat de AP de hoofdvraag op deze manier onbeantwoord laat. Dat is een ondeugdelijke beoordelingsmethodiek.<sup>53</sup>

Helaas lijkt de AP dit in haar besluit op bezwaar nog steeds niet te willen begrijpen. De AVG richt zich echter niet op de "bescherming van persoonsgegevens" als doel op zichzelf. Persoonsgegevens hebben zulke bescherming helemaal niet nodig als ze worden opgevat als losstaand van (het leven van) de personen op wie ze betrekking hebben. Een persoonsgegeven kan geen pijn lijden of straf ondergaan. Alleen personen kunnen dat. De bescherming van persoonsgegevens staat altijd in dienst van de bescherming van personen. Dat blijkt reeds uit de allereerste zin van de eerste overweging van de AVG:

(1) De bescherming van natuurlijke personen bij de verwerking van persoonsgegevens is een grondrecht. (...)

Dit wordt nader toegelicht in overweging (2) en (4) van de AVG:

(2) De beginselen en regels betreffende de bescherming van natuurlijke personen bij de verwerking van hun persoonsgegevens dienen, ongeacht hun nationaliteit of verblijfplaats, in overeenstemming te zijn met hun grondrechten en fundamentele vrijheden, met name met hun recht op bescherming van persoonsgegevens. Deze verordening beoogt bij te dragen aan de totstandkoming van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht en van een economische unie, als ook tot economische en sociale vooruitgang, de versterking en de convergentie van de economieën binnen de interne markt en het welzijn van natuurlijke personen.

---

<sup>53</sup> Bezwaarschrift Jonker d.d. 19 april 2019, paragraaf 3.2 (pp. 7-8) met als koptekst: "De AP beschouwt mijn handhavingsverzoek ten onrechte slechts als separate deelverzoeken". Let op het woordje "slechts".



(4) De verwerking van persoonsgegevens moet ten dienste van de mens staan. (...) Deze verordening eerbiedigt alle grondrechten alsook de vrijheden en beginselen die zijn erkend in het Handvest zoals dat in de Verdragen is verankerd, met name de eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven, woning en communicatie, de bescherming van persoonsgegevens, de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, de vrijheid van meningsuiting en van informatie, (...) en het recht op culturele, godsdienstige en taalkundige verscheidenheid.

Door mijn handhavingsverzoek te behandelen alsof het alleen gaat om vier separate deelverzoeken met betrekking tot vier vormen van gegevensverwerking, en niet om een verzoek dat betrekking heeft op de bescherming van mijn hele privésfeer zoals die geraakt wordt door de maatregel van Focus Filmtheater, handelt de AP in strijd met de bovengenoemde, centrale doelstellingen van de AVG. Dat is onrechtmatig.

#### **Onjuiste hantering van prioriteringscriteria d.m.v. beperking tot separate onderdelen**

**(10)** Vervolgens beschrijft de AP onder randnummer [20] de werkwijze die zij volgt met betrekking tot elk van de vier door haar separaat behandelde vormen van gegevensverwerking:

*[20] Het is vervolgens de vaste werkwijze van de AP om AVG-klachten die aan de in artikel 77, eerste lid, van de AVG, gestelde vereisten voldoen in passende mate te onderzoeken en in dat kader aan de hand van een zogenaamd globaal (bureau)onderzoek te beoordelen of zich daarbij een mogelijke overtreding heeft voorgedaan. Blijkt uit het globaal (bureau)onderzoek dat zich mogelijk een overtreding heeft voorgedaan, maar op basis van dat onderzoek niet kan worden vastgesteld dat het aannemelijk is dat sprake is van een overtreding, dan beoordeelt de AP of zij aanleiding ziet voor een nader onderzoek aan de hand van de, niet cumulatieve, factoren als vermeld in artikel 2, derde lid, van haar prioriteringsbeleid. Is daarvan sprake en blijkt uit het nader onderzoek dat de AVG is overtreden, dan treedt de AP in beginsel handhavend op. Als uit dat onderzoek echter afdoende blijkt dat de AVG niet is overtreden, dan toetst de AP niet aan de prioriteringscriteria en volgt geen nader onderzoek. In dat geval wijst de AP de klacht af. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) heeft in haar uitspraak van 20 september 2017 geoordeeld dat deze werkwijze van de AP niet onredelijk is. Na heroverweging van het primaire besluit komt de AP hieronder tot het volgende.*

**(11)** In eerdere juridische procedures (waaronder die, waarin de Raad van State de door de AP hier genoemde uitspraak deed) heb ik het met de AP al aan de stok gehad over de manier waarop zij haar prioriteringscriteria hanteerde. Ik heb in die procedures onder andere betoogd dat "prioriteringscriteria" niet mogen functioneren als verkapte "afwijzingscriteria" die afbreuk doen aan het "hoge, doeltreffende en volledige" beschermingsniveau waarop burgers recht hebben.

Inmiddels heeft de AP haar formuleringen hierover genuanceerd, vermoedelijk om de perceptie van rechtmatigheid van deze criteria in de ogen van rechters te "beschermen", en daarmee voor zichzelf alsnog een juridische basis te scheppen om handhavingsverzoeken op grond van deze criteria af te wijzen.

**(12)** In de onderhavige zaak misbruikt de AP haar beperking van de zaak tot vier separate onderdelen om ook de prioriteringscriteria verkeerd toe te passen. Door de prioriteringscriteria

alleen te betrekken op telkens een separaat onderdeel, probeert de AP een toetsing van de zaak als geheel aan de prioriteringscriteria te ontduiken. Dat is onrechtmatig.

In de zaak als geheel gaat het om miljoenen (potentiële) bioscoopbezoekers aan wie door middel van de weigering van contante betaling de mogelijkheid wordt ontnomen om, zonder onredelijk bezwarende hindernissen, anoniem maatschappelijk te participeren in de vorm van het zien van films in de bioscoop, zonder dat naderhand achterhaald kan worden voor welke films ze belangstelling hebben getoond - bijvoorbeeld films met als thema "homoseksualiteit", "burgerlijke ongehoorzaamheid", "psychopathie", "rassendiscriminatie", "dictatuur", "mensenrechten", "Iran", "Pakistan", "Schotland", "scheepvaart", "guerilla", etc. etc.

Daarmee voldoet deze zaak aan de prioriteringscriteria waarop de door de AP genoemde uitspraak van de Raad van State betrekking had, en komt dus in aanmerking voor nader onderzoek indien een overtreding niet uitgesloten is.

#### ***De door de AP gekozen separate onderdelen***

**(13)** In haar primaire besluit d.d. 16 april 2019 op mijn handhavingsverzoek, deelt de AP haar behandeling daarvan op in de volgende vier separate onderdelen, waarover de AP kennelijk van mening is dat ik voor elk daarvan een separate klacht heb ingediend:

- *de weigering van contante betaling bij de kassa en de horecagelegenheid bij Focus Filmtheater;*
- *de verwerking van uw persoonsgegevens bij de aankoop van een bioscoopkaartje via de webwinkel van Focus Filmtheater: <https://www.focusarnhem.nl/>;*
- *de verwerking van uw IP-adres door Focus Filmtheater op de website van Focus Filmtheater;*
- *het gebruik van cookies op de website van Focus Filmtheater om informatie over uw apparaat en uw bezoek-, klik- en aankoopgedrag te verzamelen.*

Drie van deze vier onderdelen gaan over de verwerking van persoonsgegevens als ik de website van Focus bezoek, terwijl mijn handhavingsverzoek primair betrekking had op de weigering van contante betaling bij de kassa (aan de balie). Als contante betaling bij de kassa mogelijk was gebleven (inclusief aanschaf enige tijd van te voren, zoals ook bij de webshop mogelijk is), dan had ik een gelijkwaardige mogelijkheid gehouden voor het aanschaffen van toegangsbewijzen zonder verlies van privacy, en had ik daarom geen aanleiding gezien voor een handhavingsverzoek.

Mijn betoog in mijn handhavingsverzoek over de privacy-inbreuken via de website moeten dus steeds in samenhang worden gezien tot de maatregel om contante betaling te gaan weigeren.

**(14)** Nu de AP als *de facto* advocaat van Focus Filmtheater echter zelfstandige rechtvaardigingen aanvoert voor de verwerking van persoonsgegevens bij het bezoek van de website of het gebruik van de webwinkel, zal ik hierna waar nodig ook op die argumenten ingaan, in paragraaf 3.3 (noodzakelijkheids criterium), 3.4 (subsidiariteits criterium) en 3.5 (boterzachte waarborgen, dito proportionaliteit en dito "overwegend belang").

### 3.2 Zogenaamd "contract" als vrijbrief voor willekeur

(1) Onder randnummer [21] en [22] van het besluit op bezwaar schrijft de AP:

*[21] U voert aan dat de AP de verwerking van uw persoonsgegevens door Focus Filmtheater ten onrechte baseert op artikel 6, eerste lid, onder b, van de AVG. U vindt dat er bij de aanschaf van een kaartje voor bioscoopbezoek geen sprake is van een contract, nu het al jaren mogelijk is om zonder enige contractuele verplichting en film te zien in een bioscoop. Daarnaast mag Focus Filmtheater als publieke organisatie naar uw mening in het geheel geen contracten afsluiten. [22] De AP ziet dit anders. (...)*

(2) De AP geeft hier ten eerste onjuist weer wat ik in mijn bezwaarschrift heb aangevoerd met betrekking tot het voorhanden zijn van een contract. In paragraaf 3.5 (pag. 16) van mijn bezwaarschrift d.d. 19 april 2019 schreef ik:

De AP verzuimt bovendien om te onderkennen dat het bij overeenkomsten in de zin van artikel 6 lid 1 onder b AVG niet om willekeurige overeenkomsten gaat, maar alleen om overeenkomsten die voldoen aan twee criteria:

- De overeenkomst moet vrijwillig zijn aangegaan (in de zin van de reeds in de jurisprudentie rond de Wet bescherming persoonsgegevens opgenomen "ondubbelzinnige toestemming") (...)
- Bij de "noodzaak" die een overeenkomst met zich meebrengt, mag geen sprake zijn van een noodzaak die voortvloeit uit een willekeurig doel van de overeenkomst. Er moet sprake zijn van een gerechtvaardigd doel. (...)

(3) Ten tweede geeft de AP hier ook nog eens onjuist weer wat ik heb aangevoerd met betrekking tot de toelaatbaarheid van het afsluiten van contracten door publieke organisaties. Ik heb nooit beweerd dat een publieke organisatie "in het geheel geen contracten mag afsluiten". Dat zou ook grote onzin zijn.

Wat ik in paragraaf 3.5 (pag. 17) van mijn bezwaarschrift d.d. 19 april 2019 wel heb aangevoerd, is het volgende:

Daarom moet Focus Filmtheater vanuit het oogpunt van de AVG, uitgaande van een materieel rechtsbegrip (conform de AVG als onderdeel van het Unierecht), opgevat worden als een publieke organisatie, die geen rechtmatige contracten kan afsluiten die in strijd zijn met het materiële doel van de AVG.

(4) Kern van mijn opvatting is dat het in strijd is met artikel 8 EVRM en de AVG om, zoals de AP doet, artikel 6 lid 1 onder b) AVG aan te grijpen als een vrijbrief voor willekeur bij de verwerking van persoonsgegevens. Voor een nadere toelichting over mijn opvattingen ten aanzien van de voorwaarden waaronder, en de manier waarop het voorhanden-zijn van een contract kan leiden tot een wettelijke grondslag in de zin van artikel 6 lid 1 onder b) AVG, verwijs ik naar paragraaf 4.6 ("Contract voor privacy-inbreuk biedt alleen onder voorwaarden een rechtsgrond"; pp. 65-76) van mijn eerder genoemde en bijgevoegde motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn hoger beroep d.d. 9 oktober 2019 inzake de OV-chipkaart.

### 3.3 Noodzaak weigering contante betaling niet aangetoond

#### 3.3.1 Geen noodzaak voor weigering contante betaling - leidend tot PIN-betaling

(1) Over de vermeende noodzaak om contante betaling te weigeren, schrijft de AP in haar besluit op bezwaar onder randnummer [25] het volgende:

*[25] Focus Filmtheater heeft aangegeven dat de maatregel om alleen PIN-betalingen toe te staan als doel heeft de veiligheid van haar medewerkers beter te kunnen garanderen, hetgeen zij als werkgever als haar plicht ziet. Focus Filmtheater wijst er op dat algemeen bekend is dat een bedrijf minder aantrekkelijk is voor overvallers als er geen contant geld aanwezig is. Bovendien wil zij haar medewerkers, voornamelijk vrijwilligers, niet belasten met deze verantwoordelijkheid.*

(2) Hieruit blijkt geen noodzaak. Vele jaren lang heeft Focus Filmtheater contante betaling geaccepteerd, en al die jaren waren er vrijwilligers werkzaam. Het algemeen geformuleerde doel om "de veiligheid van medewerkers beter te kunnen garanderen", is op zichzelf, zonder nadere specificering en onderbouwing, niet een "welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd" doel zoals bedoeld in artikel 5 lid 1 onder b) AVG. Ook wordt er op deze wijze niets "aangetoond", zoals artikel 5 lid 2 AVG vereist, tenzij het woord "aantonen" ontstaat wordt van elke reële betekenis. Elke subjectieve verwachting over enige toename van "veiligheid" zou dan een vrijbrief vormen voor het verwerken van persoonsgegevens. Het "aantonen" van iets zou dan niet meer behelzen dan subjectief iets vinden en willen.<sup>54</sup>

(3) Heeft er ooit een overval op Focus Filmtheater plaatsgevonden? En zo ja, wat waren dan de omstandigheden en consequenties? Waarom is de weigering van contant geld bij Focus Filmtheater "nodig" terwijl het kennelijk niet nodig is bij 99% van de winkels in Arnhem, waar net zo goed toonbankbetalingen plaatsvinden? De AP vraagt er niet naar. Op deze manier heeft Focus als verwerkingsverantwoordelijke niet voldaan aan de eis van artikel 5 lid 2 AVG om aan te tonen dat er voldaan is aan artikel 5 lid 1 AVG. En de AP heeft als toezichthouder ten onrechte geweigerd om die strijdigheid met de AVG te constateren - wat in zichzelf ook strijdig is met de AVG en met het EVRM.

#### ***De AP acht - ten onrechte - een aangetoonde noodzaak niet nodig***

(4) Vervolgens geeft de AP echter aan dat Focus Filmtheater wat de AP betreft helemaal niet hoeft te voldoen aan artikel 5 lid 2 AVG. Focus hoeft niets aan te tonen (geen doel en geen noodzaak), want, schrijft de AP onder randnummer [34] van haar besluit op bezwaar:

*[34] Er is geen wettelijke verplichting om wettige betaalmiddelen te accepteren.*

Voor de volledige tekst van de AP op dit punt, zie paragraaf 2.3.4, randnummer (2) (pag. 13) van dit beroepschrift. Deze opvatting van de AP over de vrijheid om wettige betaalmiddelen te weigeren, is onjuist. Voor een nadere toelichting daarvan, zie paragraaf 2.3.4 ("Wat zegt wet- en regelgeving over contante betaling; pag. 13-20) van dit beroepschrift.

<sup>54</sup> Zie ook mijn bezwaarschrift d.d. 19 april 2019, paragraaf 3.3.2 ("Veiligheid als pseudo-motief"), pp. 9-10.

***De AP acht - "ten overvloede", maar ten onrechte - een alternatief beschikbaar***

(5) Kennelijk voelt de AP zich echter toch niet helemaal zeker over haar eigen, boude bewering dat er geen noodzaak vereist is om mensen te dwingen tot verwerking van persoonsgegevens via PIN-betaling. Want vervolgens betoogt de AP onder randnummer [35] van het besluit op bezwaar "ten overvloede" dat er voor bioscoopbezoekers een manier voorhanden is om die gegevensverwerking te vermijden:

*[35] Ten overvloede merkt de AP op dat er te allen tijde en alternatief beschikbaar is waarbij geen betaling met PIN vereist is. U heeft naast het aanschaffen van een kaartje met PIN-betaling ook de mogelijkheid om een filmkaartje aan te schaffen met een door contant geld te verkrijgen bioscoopbon. Deze is te verkrijgen bij diverse verkooppunten buiten de bioscoop, zoals bijvoorbeeld een supermarkt of een tabakszaak. Dat u daarmee afhankelijk bent van openingstijden van die verkooppunten zoals u stelt, doet er niet aan af dat de mogelijkheid er is, en dat deze bovendien niet beperkt is maar ruim voorhanden.*

(6) De AP presenteert dit als een bijkomend, niet-noodzakelijk argument. Ik verzoek uw rechtbank om in uw uitspraak duidelijk te maken welke status u aan dit argument toekent. Het zou te betreuren zijn als een argument wordt gepresenteerd als "niet-noodzakelijk", maar in feite wel zo wordt gebruikt. Het is dus voor de rechtsvorming en de kenbaarheid van het recht van belang dat uw rechtbank op zijn minst duidelijk maakt of er, indien er géén bioscoopbon beschikbaar zou zijn, een plicht voor Focus Filmtheater is om contante betaling te accepteren.

(7) Deze laatste vraag is des te meer relevant omdat de AP het kennelijk niet nodig acht dat Focus Filmtheater zelf verantwoordelijkheid neemt voor de beschikbaarheid van bioscoopbonnen. Dit betekent dat supermarkten of tabakszaken, indien zij dat wensen, op elk moment kunnen stoppen met de verkoop van bioscoopbonnen, zonder dat dit volgens de AP voor Focus Filmtheater een verplichting met zich mee zou brengen om dan zelf weer contante betaling te accepteren. Ik bestrijd dat standpunt van de AP, omdat dit zou betekenen dat organisaties zonder noodzaak persoonsgegevens mogen verwerken, als er maar andere organisaties zijn die tijdelijk, op geheel vrijblijvende basis, een manier bieden om de verwerking van die persoonsgegevens te omzeilen, waarna het einde van zo'n tijdelijk arrangement de niet-noodzakelijke verwerking van persoonsgegevens alsnog zou afdwingen bij betrokkenen.<sup>55</sup> Daarmee zou een gapend gat ontstaan in de (rechts)bescherming ten aanzien van privacy. Dat is niet in overeenstemming met het Europees-rechtelijk vereiste, hoge beschermingsniveau dat de AP moet realiseren.

(8) In paragraaf 2.3.2 ("Effecten van weigering contante betaling op persoonlijke levenssfeer van betrokkene"; pag. 11) van dit beroepschrift heb ik onder randnummer (4) reeds aangevoerd dat de beschikbaarheid van elders aan te schaffen bioscoopbonnen geen gelijkwaardig alternatief is, maar onredelijk bezwarend. Er is op die manier sprake van privacy-discriminatie: een nadelige behandeling van mensen die met privacy naar de bioscoop willen. Privacy-discriminatie zet mensen onder druk hun privacy op te geven en is daarmee een inbreuk op privacy, en de eerste stap op weg naar volledige afschaffing daarvan. Ook kan met zo'n bioscoopbon niet worden betaald in de horeca van Focus Filmtheater ("Focus Eten & Drinken"). Met de beschikbaarheid van bioscoopbonnen kan niet enige noodzaak van gegevensverwerking worden onderbouwd.

<sup>55</sup> Dit is vergelijkbaar met de manier waarop de invoering van de privacy-schendende, persoonsgebonden OV-chipkaart werd ingevoerd met behulp van de pretentie dat er tevens een "anonieme" OV-chipkaart voorhanden was. Zie mijn eerder genoemde motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn hoger beroep in die zaak.

### ***Pinbetaling op zichzelf niet in strijd met de AVG***

(9) Nog steeds onder de koptekst "noodzakelijkheid" schrijft de AP in haar besluit op bezwaar vervolgens, onder randnummer [26]:

*[26] PIN-betalingen ten behoeve van de uitvoering van een overeenkomst zijn op zichzelf niet reeds strijdig met de AVG, omdat de mogelijkheid van contante betaling bestaat.*

Dat is correct. Juist om die reden ben ik in mijn handhavingsverzoek niet opgekomen tegen de pin-betaling als zodanig, maar tegen de weigering van contante betaling. Als Focus Filmtheater bij de kassa naast pin-betaling nog steeds contante betaling zou toestaan, had ik geen handhavingsverzoek ingediend.

### ***Noodzakelijkheid in relatie tot de wijze van verwerking bij pinbetaling***

(10) Nog steeds onder de koptekst "noodzakelijkheid" vervolgt de AP dan echter:

*[26] (...) Voor het afhandelen van financiële transacties bij PIN-betaling maakt Focus Filmtheater gebruik van een Payment Service Provider (PSP), te weten CCV. (...)*

Vervolgens doet de AP beweringen over waarborgen ("PAN-masking") en evenredigheid met betrekking tot deze wijze van gegevensverwerking. Even later, in het tweede deel onder randnummer [27], zegt de AP opnieuw iets over waarborgen. Dat is echter een ander onderwerp dan de vraag of de gegevensverwerking überhaupt noodzakelijk is. Ik zal deze passages van het besluit op bezwaar daarom niet in deze paragraaf bespreken, maar in paragraaf 3.5 ("Ontbrekende waarborgen; geen 'overwegend belang'") van dit beroepschrift. Zie aldaar.

### ***Noodzakelijkheid in relatie tot contract (alg. voorwaarden; verwerkingsovereenkomst)***

(11) Nog steeds onder de koptekst "noodzakelijkheid" vervolgt de AP onder randnummer [27] van het besluit op bezwaar met een passage over een contract tussen mij en Focus Filmtheater in combinatie met een verwerkersovereenkomst tussen Focus en de Payment Service Provider (PSP) CCV, waaruit volgens de AP een noodzaak van gegevensverwerking zou blijken:

*[27] Voor zover u nog aanvoert dat u in het kader van het aanschaffen van een filmkaartje om een film te kunnen bekijken geen overeenkomst heeft met CCV, en u ook niet wilt dat uw betaalgegevens door een PSP worden verwerkt omdat daar geen grondslag voor is, wijst de AP op het volgende. CCV verwerkt in haar hoedanigheid van verwerker in opdracht van Focus Filmtheater de PIN-betaling van een toegangskaartje voor een film bij Focus Filmtheater. Zoals hierboven is aangegeven, komt tussen Focus Filmtheater als aanbieder van de filmvoorstelling en u als bioscoopbezoeker die voor deze filmvoorstelling betaalt een overeenkomst tot stand. Voor de verwerking van persoonsgegevens bij deze PIN-betalingen heeft Focus Filmtheater een verwerkersovereenkomst gesloten met CCV, met als doel te bewerkstelligen dat de bezoeker betaalt voor het filmkaartje dan wel een consumptie in de horecagelegenheid zodat de betreffende dienst kan worden geleverd. Voor de verwerking van deze gegevens bestaat dus een grondslag, te weten artikel 6, eerste lid, onder b, van de AVG. (...)*

Hiervoor, in paragraaf 3.2 van dit beroepschrift, heb ik reeds gewezen op het feit dat een met willekeur opgesteld en afgedwongen contract niet hetzelfde is als een noodzaak, en dat zo'n

contract ook niet in alle gevallen een wettelijke grondslag oplevert in de zin van artikel 6 lid 1 onder b) AVG.<sup>56</sup> Het feit dat een verwerkingsverantwoordelijke daarnaast ook een verwerkingsovereenkomst heeft afgesloten met een derde (de verwerker) maakt dat niet anders.

**(12)** In een eerdere casus, die uw rechtbank zich op 16 december 2019 ter zitting heeft behandeld en waarin u nog geen uitspraak heeft gedaan (ARN 19 / 3510) heeft de AP geprobeerd om ten onrechte te stellen dat er tussen mij als betrokkene en een door de verwerkingsverantwoordelijke (in casu NS) ingeschakelde opdrachtnemer (de verwerker, in casu TLS) een contract zou zijn afgesloten - omdat de verwerkingsverantwoordelijke dat zo in zijn algemene voorwaarden had gesteld. Ik constateer dat de AP in de huidige casus alleen nog spreekt over een verwerkingsovereenkomst tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker. Dat is op zichzelf terecht en in overeenstemming met de systematiek van de AVG, en is dus een kleine stap in de goede richting (of beter gezegd: een stap terug uit de verkeerde richting) van de kant van de AP.

**(13)** De mogelijkheid van een verwerkingsverantwoordelijke om verwerkingsovereenkomsten af te sluiten met verwerkers, doet niets af aan de verantwoordingsplicht van de verwerkingsverantwoordelijke, zoals opgenomen in artikel 5 lid 2 AVG. In dit geval gaat het om de verantwoordingsplicht om een echte noodzaak voor de gegevensverwerking aan te tonen, dat wil zeggen: een materiële, objectiveerbare, specifieke, concrete noodzaak. Het is niet de bedoeling van de AVG om verwerkingsverantwoordelijken in de gelegenheid te stellen om met willekeur een contract op te stellen en vervolgens uit hun eigen, in dat contract opgenomen ambities een zogenaamde "noodzaak" af te leiden om die ambities te verwezenlijken. Een dergelijke vrijbrief voor willekeur zou ook in strijd zijn met artikel 8 EVRM, inclusief de "horizontale werking" daarvan.

#### ***De AP hanteert een verkeerde definitie van noodzakelijkheid***

**(14)** onder randnummers [28] t/m [31] van het besluit op bezwaar geeft de AP, net als in eerdere casussen, blijk van een verkeerde opvatting van de definitie van "noodzakelijkheid". De AP gaat er ten onrechte vanuit dat het vereiste van "noodzakelijkheid" slechts een samenstel is van de vereisten van "proportionaliteit" en "subsidiariteit":

*[28] Het vereiste van noodzakelijkheid houdt in dat de verwerking van persoonsgegevens moet voldoen aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.*

Met deze definitie schaft de AP het noodzakelijkheidsvereiste in feite af, door het te reduceren tot een volkomen subjectief "proportionaliteitsvereiste" en een door de AP eveneens tot een subjectief proportionaliteitsvereiste uitgehold "subsidiariteitsvereiste". Uiteindelijk blijft van de waarborgen die de AVG zou moeten bieden, op die manier niets anders over dan de natte vinger van de AP, die vervolgens instemt met de willekeur van verwerkingsverantwoordelijken. Dat is in strijd met de bescherming die de AVG beoogt te bieden, en in strijd met artikel 8 EVRM.

Zie ook paragraaf 2.3.1 (pp. 7-10) van dit beroepschrift, onder randnummers **(2)**, **(3)**, **(4)** en **(9)**, inclusief mijn verwijzing naar de bijgevoegde motivering d.d. 29 oktober van hoger beroep inzake OV-chipkaart, paragrafen 4.6.1 (m.b.t. noodzakelijkheid vs. proportionaliteit) en 4.7.3 (m.b.t. subsidiariteit vs. proportionaliteit).

<sup>56</sup> Zie ook paragraaf 4.5.1 ("Noodzakelijkheid voor de uitvoering van een overeenkomst"; pp. 54-56) en paragraaf 4.6 ("Contract voor privacy-inbreuk levert alleen onder voorwaarden een rechtsgrond"; pp. 65-76) van de motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn eerdergenoemde hoger beroep inzake de OV-chipkaart.

### 3.3.2 Onnodige verwerking persoonsgegevens via website en webshop

(1) De kernreden waarom ik in mijn handhavingsverzoek de privacy-inbreuk aan de orde stelde die optreedt bij de aankoop van een bioscoopkaartje via de webwinkel van Focus Filmtheater, was dat ik me genoodzaakt zag erop te wijzen dat die webwinkel geen privacy-vriendelijk alternatief is voor contante betaling.

(2) Toen ik eenmaal de arrangementen met betrekking tot de webwinkel en de website bestudeerde, werd het me echter duidelijk dat de privacy-inbreuken via die webwinkel en website nog veel ernstiger zijn dan ik had gedacht. Met name ook de documenten die de AP mij na mijn Wob-verzoek op 24 mei 2019 toestuurde, maken duidelijk dat Focus Filmtheater geen enkele reële controle heeft op wat er in de praktijk gebeurt met de persoonsgegevens die via de webwinkel en website worden verzameld en die worden gedeeld met verschillende bedrijven in allerlei landen van de wereld. In mijn brief van 12 juni 2019 heb ik, in het kader van de bezwaarprocedure, op deze documenten gereageerd. Daarover meer in paragraaf 3.5 ("Ontbrekende waarborgen") van dit beroepschrift.

(3) Mijn betoog over het ontbreken van noodzakelijkheid voor de verwerking van persoonsgegevens via de webwinkel is daarom tweeledig. Ten eerste heb ik in paragraaf 3.3.1 van dit beroepschrift reeds naar voren gebracht dat er überhaupt geen noodzaak is aangetoond voor de verwerking van persoonsgegevens bij de aanschaf van een bioscoopkaartje. Daaruit volgt dat er ook geen noodzaak is om bioscoopbezoekers te dwingen om gebruik te maken van een webwinkel.

Ten tweede zal ik hieronder betogen dat, zelfs als er op zichzelf een noodzaak zou bestaan om bioscoopbezoekers te dwingen tot het gebruikmaken van een webwinkel, er ook in dat geval geen noodzaak bestaat voor het verwerken van verschillende persoonsgegevens die nu door Focus via die webwinkel worden geëist van bioscoopbezoekers.

#### ***Welke persoonsgegevens verwerkt Focus Filmtheater via haar website en webshop?***

(4) In mijn handhavingsverzoek d.d. 17 augustus 2018 heb ik in paragraaf 2.2.1 (pp. 10-11) aangegeven welke persoonsgegevens Focus volgens haar eigen privacy-verklaring verwerkt via de haar webwinkel, en voor welke doelen. Het gaat om de volgende persoonsgegevens:

#### **Altijd:**

- a) IP-adres; *bewaarduur: onbeperkt*
- b) het "device" waarmee iemand de website bezoekt (waarbij het onduidelijk blijft of het alleen gaat om het soort apparaat, bijv. laptop, tablet of smartphone, of ook om een uniek, aan de hand van een nummer geïdentificeerd apparaat); *bewaarduur: tot verwijdering cookies uit iemands browser*
- c) iemands "bezoek-, klik- en aankoopgedrag" (Google Analytics?); *bewaarduur: tot verwijdering cookies uit iemands browser*

#### **Alleen bij aankoop van een bioscoopkaartje, indien bezoeker geen account aanmaakt:**

- d) iemands naam; *bewaarduur: direct na datum filmvoorstelling verwijderd*
- e) e-mail-adres; *bewaarduur: direct na datum filmvoorstelling verwijderd*
- f) telefoonnummer; *bewaarduur: direct na datum filmvoorstelling verwijderd*
- g) "transactiegegevens" (waarbij het onduidelijk blijft welke gegevens dat precies zijn - ik neem aan: betaalgegevens); *bewaarduur: direct na datum filmvoorstelling verwijderd.*



**(5)** In geval van het bezoek van de site zonder het doen van een aankoop, geldt het volgende. Voor het technisch functioneren van de website en de verbinding met de bezoeker daarvan, is in ieder geval de noodzaak van de volgende gegevens niet aangetoond: c) (cookies). De mythe van "noodzakelijke cookies" wordt door grote IT-bedrijven ijverig in stand gehouden, ter versterking van hun wurggreep op alle internet-gebruikers. Maar technisch zijn zulke cookies niet noodzakelijk. Ook is het voor het technisch functioneren van de website niet nodig om het IP-adres (a) van de bezoeker, met of zonder "anonimisering van de laatste vier cijfer" te bewaren nadat het bezoek aan de webwinkel is geëindigd. Ook is het niet nodig informatie over diens "device" (b) te verwerken. Immers, het internet-protocol, zoals ooit bedacht door Tim Berners-Lee, voorziet reeds in het faciliteren van de totstandkoming van de internetverbinding tussen verschillende "devices" (computers), via de internet-providers waarop ze zijn aangesloten, mits die "devices" zijn toegerust op het gebruik van dat protocol.<sup>57</sup>

**(6)** Ik ben niet op de hoogte van internet-wetgeving. Mogelijk bestaat er een wettelijke verplichting om het IP-adres van (providers van) bezoekers van websites te registreren. Maar dat is niet het doel dat Focus Filmtheater op dit punt in zijn privacy-verklaring vermeldt, en ook niet de grondslag (art. 6 lid 1 onder c) AVG) die de AP voor wat betreft deze verwerking vermeldt (de AP rept alleen van grondslagen b) en f) onder art. 6 lid 1 AVG).

**(7)** In geval van de aankoop van een bioscoopkaartje via de site, is het niet nodig iemands naam (d), e-mail-adres (e) of telefoonnummer (f) zonder diens instemming na de transactie te bewaren. Als ik enkele dagen voorafgaand aan de vertoning van een film aan de balie een bioscoopkaartje koop, is het immers ook niet nodig dat de bioscoop mijn naam en andere contactgegevens krijgt.

**(8)** In paragraaf 2.2.2 (pp. 11-13) van mijn handhavingsverzoek d.d. 17 augustus 2019 heb ik nader onderbouwd waarom er geen noodzaak is voor de verwerking van de betreffende persoonsgegevens. De AP brengt hier niets inhoudelijks tegen in, en vindt het, in strijd met art. 5 lid 2) AVG, ook niet nodig dat Focus Filmtheater dat doet. In plaats daarvan negeert de AP mijn argumentatie. Dat is onrechtmatig. Er is op zijn minst sprake van een motiveringsgebrek in het besluit op bezwaar. Als de AP daarnaast ook geen argumenten heeft waarmee mijn betoog kan worden weerlegd, dan is er sprake van een op onjuiste gronden genomen besluit op bezwaar. De vraag is alleen: neemt uw rechtbank die motiveringsplicht, in het licht van art. 5 lid 2 AVG, serieus? Of mag de rechtsstaat wat uw rechtbank betreft op dat punt stilletjes bij het vuilnis worden gezet?

**(9)** Voor zover Focus Filmtheater en de AP een vermeend "overwegend belang" (art. 6 lid 1 onder f) AVG) aanvoeren ter rechtvaardiging van de verwerking van persoonsgegevens via de webshop, gaat het daarbij niet om een vraagstuk ten aanzien van noodzakelijkheid (daarop heeft het concept "overwegend belang" geen betrekking), maar alleen om een vraagstuk van proportionaliteit. Om die reden zal ik daarop ingaan in paragraaf 3.5 van dit beroepschrift.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Zie ook mijn bespreking van cookies en tracking in paragraaf 3.5.3 van dit beroepschrift.

<sup>58</sup> Over proportionaliteit heb ik ook reeds het één en ander gezegd in paragraaf 2.3.1 t//m 2.3.3 (pp. 7-12) van dit beroepschrift.

### 3.4 Niet voldaan aan subsidiariteitsbeginsel met pinbetaling, webshop of bioscoopbon

#### *Doelgerelateerdheid van de vraag naar subsidiariteit*

(1) De vraag of Focus Filmtheater bij de weigering van contante betaling aan de balie voldoet aan het subsidiariteitsbeginsel, moet worden opgevat als de vraag of Focus Filmtheater haar doel ook kan bereiken op een manier die een minder grote inbreuk op de privacy met zich meebrengt.

(2) Voor de beantwoording van deze vraag moet om te beginnen duidelijkheid worden geschapen over de inhoud van het doel waarover het gaat. Daarover verschillen de AP en ik echter van mening.

Mijns inziens moet het legitieme doel van Focus Filmtheater beschouwd worden als zijnde het verkopen van bioscoopkaartjes aan mensen die een door deze bioscoop vertoonde film willen zien, en het bieden van een prettige ambiance aan die mensen, waarin zij onder het genot van een hapje en een drankje kunnen voorbeschouwen en napraten over de betreffende film.

De AP wil echter uitgaan van een ander, niet-legitiem doel van Focus Filmtheater, namelijk het uitvoeren van een aan bioscoopbezoekers onvrijwillig, in de vorm van algemene voorwaarden opgelegd "contract" waarin wordt bepaald dat er zonder noodzaak persoonsgegevens worden verzameld en dat bezoekers zich dat moeten laten welgevalen. Dat zogenaamde "contract" is in strijd met het vereiste van artikel 5 lid 1 onder b) AVG dat persoonsgegevens alleen mogen worden verwerkt voor gerechtvaardigde doelen.

(3) De AP en ik verschillen echter ook van mening over wat het begrip "gerechtvaardigdheid" inhoudt.

Mijns inziens houdt "gerechtvaardigdheid" in dat er • ofwel sprake is van werkelijk vrijwillige instemming van de betrokkene (die instemming is dan de rechtvaardiging), • ofwel sprake is van een materiële, objectiveerbare, specifieke, concrete noodzaak die niet afhankelijk is van de wensen, ambities of willekeur van de verwerkingsverantwoordelijke die het betreffende doel stelt.

Volgens de AP is er echter ook sprake van "gerechtvaardigdheid" als een verwerkingsverantwoordelijke zijn eigen, willekeurige wensen schriftelijk vastlegt in algemene voorwaarden die ondanks het ontbreken van instemming van één van de contractpartijen als "overeenkomst" ("contract") worden beschouwd, en vervolgens mensen die afhankelijk zijn van de betreffende dienstverlening, door middel van zo'n pseudo-contract onder druk zet om hun persoonsgegevens af te staan. Hiermee schaarde de AP zich achter het rechtvaardigheidsconcept van een mafiose Godfather die mensen benadert met *offers that can't be refused*.

(4) In mijn ogen is de opvatting van de AP een verkrachting van het begrip "gerechtvaardigdheid", waarmee dat begrip wordt gereduceerd tot een decorstuk van een droevige farce. Hoe de medewerkers van de AP die dit soort onzin debiteren 's avonds naar zichzelf in de spiegel kunnen kijken, is mij een raadsel. Maar misschien zijn ze ook 's avonds niet thuis, maar gaan ze dan naar een "arthouse-film" (in hun ogen) met als hoofdpersoon een held genaamd "*the Joker*". Of misschien zijn ze er trots op dat ze op werkdagen tussen 9:00 en 17:00 uur het Kasteel van Kafka bewonen - of misschien één of andere Orwelliaans-bureaucratische planeet.

(5) De AP geeft bovendien aan dat zij, in het geval van de weigering van contante betaling die leidt tot de verwerking van persoonsgegevens, een doel überhaupt niet noodzakelijk acht - zie paragraaf 2.3.4, randnummer (2) (pag. 13) van dit beroepschrift, later ook genoemd in paragraaf 3.3.1 onder randnummer (4) (pag. 50) van dit beroepschrift. De AP voert dat aan in reactie op mijn bezwaar dat Focus Filmtheater niet heeft aangetoond of zelfs maar aannemelijk gemaakt dat "veiligheid" het werkelijke doel is van de weigering van contante betaling, terwijl ik aanwijzingen heb genoemd dat het werkelijke doel meer te maken heeft met gemak en kostenbesparing.<sup>59</sup>

(6) Een juiste beoordeling of er aan het subsidiariteitsvereiste is voldaan, kan echter alleen plaatsvinden als het subsidiariteitscriterium wordt toegepast op een gerechtvaardigd doel zoals bedoeld in artikel 5 lid 1 onder b) AVG. Daarom zal ik in deze paragraaf uitgaan van het enige aangetoonde en gerechtvaardigde doel van Focus Filmtheater: het verkopen van bioscoopkaartjes aan mensen die een door deze bioscoop vertoonde film willen zien, en het bieden van een prettige ambiance aan die mensen, waarin zij onder het genot van een hapje en een drankje kunnen voorbeschouwen en napraten over de betreffende film.

#### ***Beoordeling subsidiariteit pinbetaling aan de balie***

(7) Een beoordeling van de subsidiariteit van pinbetaling aan de balie, leidt tot de conclusie dat deze pinbetaling, met het oog op het doel van de aanschaf van bioscoopkaartjes, minder privacy-vriendelijk is dan contante betaling. Immers, bij pinbetaling worden de transactiegegevens van de betaler verwerkt door de Payment Service Provider (PSP):

- naam;
- bankrekeningnummer - waaruit ook het adres van de betaler kan worden afgeleid;
- tijdstip en locatie van de transactie - waaruit ook de locatie op dat tijdstip van de persoon die betaalt kan worden afgeleid, hetgeen tevens een aanwijzing kan vormen welke film er wordt bezocht;
- code waaruit het verkochte product, m.a.w. de film, kan worden afgeleid.\

Bij contante betaling worden al deze gegevens niet verwerkt, terwijl het doel (de verkoop van een bioscoopkaartje) net zo goed wordt bereikt. Daarom voldoet onvrijwillige pinbetaling aan de bioscoopbalie niet aan het subsidiariteitsvereiste.

#### ***Beoordeling subsidiariteit pinbetaling in bijbehorende horeca***

(8) Ook pinbetaling in Focus Eten & Drinken is minder privacy-vriendelijk dan contante betaling, omdat daarbij eveneens gegevens worden verwerkt door de PSP die bij contante betaling in het geheel niet worden verwerkt. Daarom voldoet onvrijwillige pinbetaling in het bij de bioscoop behorende café evenmin aan het subsidiariteitsbeginsel.

#### ***Beoordeling subsidiariteit aanschaf bioscoopkaartje via webshop***

(9) Bij de aanschaf van een bioscoopkaartje via de webshop van Focus Filmtheater worden allerlei persoonsgegevens verwerkt, zoals hiervoor aangegeven in paragraaf 3.3.2 (pag. 54) van dit beroepschrift. Bij contante betaling aan de balie worden die gegevens niet verwerkt, terwijl het doel, de verkoop van een bioscoopkaartje, dan even goed wordt bereikt. Daarom voldoet de onvrijwillige aanschaf van een bioscoopkaartje via de webshop niet aan het subsidiariteitsbeginsel.

---

<sup>59</sup> Zie mijn bezwaarschrift d.d. 19 april 2019, paragraaf 3.3.1 ("Wat is het werkelijke motief?", pp. 8-9).

### ***Beoordeling subsidiariteit aanschaf bioscoopkaartje door middel van bioscoopbon***

**(10)** Aankoop tegen contante betaling van een bioscoopbon in een supermarkt of bij een sigarenzaak, die dan vervolgens bij Focus Filmtheater kan worden ingeruild voor een bioscoopkaartje, is omslachtiger en tijdrovender, en daardoor minder laagdrempelig dan contante betaling aan de balie van de bioscoop zelf.

Bovendien kan niet van elke bioscoopbezoeker, en zelfs niet van elke vrijwilliger achter de bioscoopbalie, verwacht worden dat die weten op welke verkooppunten op welke momenten er bioscoopbonnen op voorraad zijn. Er is geen garantie voor de beschikbaarheid van bioscoopbonnen op enige locatie. Ook is er geen garantie dat de verkoper contante betaling accepteert. Voorts kan het inruilen van vooraf gekochte bioscoopbonnen leiden tot het betalen van een hogere prijs voor een film (immers, aan de balie wordt er door Focus Filmtheater geen contant wisselgeld gegeven als de bon meer heeft gekost dan de betreffende film).

Hieruit kunnen vier dingen worden geconcludeerd:

- Ten eerste is de beperking van privacy-vriendelijke betaling onredelijk bezwarend voor de betrokkene;
- Ten tweede is er, ook daardoor, sprake van privacy-discriminatie: een niet-gerechtigde, nadelige behandeling van bioscoopbezoekers die met behoud van privacy een toegangsbewijs willen kopen, ten opzichte van bezoekers die berusten in het verlies van privacy. Daardoor komen bezoekers onder druk te staan om hun persoonsgegevens toch af te staan via pinbetaling aan de balie. Dat is een inbreuk op hun privacy.
- Ten derde is er voor bezoekers van de bioscoop op het moment dat zij daar arriveren, onzekerheid over de (privacy-vriendelijke) verkrijgbaarheid van bioscoopbonnen elders, waardoor de mogelijkheid van betaling zonder het afstaan van persoonsgegevens in de praktijk niet gewaarborgd is. Ook dat is een inbreuk op hun privacy.
- Ten vierde wordt er op deze manier een proces geforceerd van gewenning aan het verlies van privacy bij de aanschaf van bioscoopkaartjes. Dit ondermijnt zowel de privacy-vriendelijke infrastructuur van contante betaling als het normenkader (de verwachtingen) van mensen in de samenleving ten aanzien van respect voor hun privacy. Dit maakt het voor mensen nu en in de toekomst moeilijker om op te komen voor hun recht op privacy.<sup>60</sup>

Om deze vier redenen voldoet de beperking van privacy-vriendelijke betaling tot bioscoopbonnen die elders moeten worden aangeschaft, niet aan het subsidiariteitsbeginsel. Immers, met laagdrempelige, privacy-vriendelijke contante betaling aan de balie zou het doel, de verkoop van bioscoopkaartjes, even goed worden bereikt, zonder nadelen voor de privacy.

### ***Conclusie ten aanzien van subsidiariteit***

**(11)** Geconcludeerd moet worden dat pinbetaling, aanschaf via de webshop en aanschaf via bioscoopbonnen geen van drieën voldoen aan het subsidiariteitsvereiste. In alle drie gevallen gaat het om betaalmethodes die in de praktijk een grotere inbreuk op de privacy veroorzaken dan contante betaling aan de balie.

---

<sup>60</sup> Nederlandse rechters honoreren soms het belang van individuele burgers bij collectieve maatregelen, voorzieningen of infrastructuur, bijvoorbeeld in de Urgenda-zaak: uitspraak Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018; uitspraak Hoge Raad in cassatie op 20 december 2019 (ECLI:NL:RH:2019:2006).

### 3.5 Boterzacht - ontbrekende waarborgen; geen echte belangenafweging

#### 3.5.1 Subjectiviteit en culturele bepaaldheid van percepties over beschermwaardigheid van de persoonlijke levenssfeer

(1) In paragrafen 2.1 t/m 2.6 van dit beroepschrift heb ik proberen aan te geven dat de effecten van specifieke gevallen van verwerking van persoonsgegevens alleen goed begrepen kunnen worden als er wordt gekeken naar reële privacy (in tegenstelling tot alleen privacy op papier), en naar de samenhang en de onderlinge effecten van verschillende, cumulatief optredende vormen van privacy-aantastingen en voorbereidende handelingen (zoals *function creep*, leidend tot gewenning en normalisering). Bijna elk afzonderlijk stapje zou, als je het separaat en in isolement bekijkt, geen grote effecten op het leven van mensen hoeven te hebben. Maar die stapjes zijn niet afzonderlijk. Ze hangen met elkaar samen, versterken elkaar en veroorzaken elkaar. Daardoor ontstaat er een dynamiek die de hele samenleving tot in zijn fundamenten raakt en verandert.

(2) In paragraaf 2.8 heb ik uw rechtbank gevraagd om deze reële, samenhangende effecten van maatregelen die de privacy van mensen raken, in uw beoordelingskader centraal te stellen. Ik heb u daarbij gevraagd verantwoordelijkheid te nemen voor uw vrijheid om, binnen de grenzen van wet- en regelgeving en hogere jurisprudentie, zelf uw beoordelingskader te kiezen, en u gewezen op de consequenties van uw keuze: gaat u de rechtsstaat in stand houden en dus bijdragen aan een rechtstatelijke omgang met de casus, of gaat u meewerken aan een verdere ondermijning van de rechtsstaat door u terug te trekken in een comfortabele papieren wereld van formalismen?

(3) In paragrafen 3.1 t/m 3.4 heb ik vervolgens de meer grijpbare aspecten van de onderhavige maatregel van Focus Filmtheater besproken, en geanalyseerd hoe de AP op die punten wegstijgt in plaats van toezicht te houden of te handhaven.

(4) Nu, in deze paragraaf, kom ik aan bij de moeilijkste en meest "vloeibare" aspecten van deze casus, en daarmee bij het ethische en epistemologische "moeras" dat ik in paragraaf 2.8 onder randnummer (6) (pag. 41) al noemde. Het gaat dan om de volgende, "boterzachte" aspecten:

- de vraag of de waarborgen voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij de verwerking van persoonsgegevens, in dit geval de gegevens die bij pintransacties of via de website worden verwerkt, voldoende zijn in relatie tot die verwerking;
- de vraag of Focus Filmtheater een "gerechtvaardigd belang" heeft, in de zin van artikel 6 lid 1 onder f) AVG, en zo ja, wat dat is en welke implicaties het heeft;
- de vraag of die verwerking, indien die noodzakelijk zou zijn (quod non) als "proportioneel" zou moeten worden beschouwd.

Ik noem deze aspecten "boterzacht" omdat ze moeilijk objectiveerbaar zijn, maar afhankelijk lijken van plaats-, tijd- en persoonsgebonden en cultuurbepaalde percepties. In paragrafen 2.1 t/m 2.8 heb ik aangegeven vanuit welke perceptie (welk beoordelingskader) ook deze drie vragen mijns inziens beantwoord moeten worden.

(5) Strikt genomen hoeft de proportionaliteitsvraag niet eens te worden beantwoord zolang de noodzakelijkheid van de verwerking niet is aangetoond. Maar helaas heeft de AP tot dusverre in verschillende casussen, waaronder de huidige, telkens het paard achter de wagen gespannen door

de noodzakelijkheid van een verwerking ten onrechte te beoordelen alsof die een uitvloeisel zou zijn van de proportionaliteit ervan, in plaats van, zoals zou moeten, de proportionaliteit te beoordelen als additionele voorwaarde waaraan ook nog moet worden voldaan nadat de noodzakelijkheid van de betreffende verwerking is aangetoond.<sup>61</sup> Daarom zie ik mij genoodzaakt om, subsidiair, ook de proportionaliteit van de gegevensverwerking in deze casus te bespreken.

---

<sup>61</sup> Zie ook mijn bespreking daarvan in paragraaf 4.6.1 ("pp. 65-66) van de motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn eerdergenoemde hoger beroep inzake de OV-chipkaart, aan de hand van ECLI/NL/PHR/2011/BQ8097.

### 3.5.2 De vraag ten aanzien van waarborgen ter bescherming van het privé-leven

(1) Als het gaat om waarborgen te bescherming van de persoonlijke levenssfeer, gaat het in deze casus om drie situaties:

- Waarborgen bij contante betaling voor bioscoopkaartjes of consumpties
  - Waarborgen bij pinbetaling voor bioscoopkaartjes of consumpties
  - Waarborgen bij bezoeken aan de website en aanschaf bioscoopkaartjes via de webshop
- Ik zal deze drie situaties hierna achtereenvolgens bespreken.

#### **A. Waarborgen bij contante betaling voor bioscoopkaartjes of consumpties**

(2) Bij contante betaling van bioscoopkaartjes of consumpties is er sprake van goede waarborgen voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Immers, bij het overhandigen van bankbiljetten en munten hoeven geen persoonsgegevens te worden overgedragen.

Bij mijn weten kan ervan worden uitgegaan dat autoriteiten (nog) niet proberen om de trajecten van afzonderlijke bankbiljetten aan de hand van hun unieke serienummers te volgen, althans niet de bankbiljetten met kleine denominaties (vijf, tien of twintig euro).<sup>62</sup> Mochten de autoriteiten dat in het geheim wel doen, dan zou dat een teken zijn dat onze democratische rechtsstaat onder zeer grote druk staat. Maar ook dan zou contante betaling nog steeds verreweg de meest privacy-vriendelijke betaalwijze zijn, omdat bankbiljetten nadat ze uit een geldautomaat zijn gehaald, van hand tot hand gaan, zodat er bijna nooit met zekerheid valt te achterhalen wie een bepaald bankbiljet meer dan een half uur nadat het uit een geldautomaat is gekomen, in handen had, en dus ook niet wie er een bioscoopkaartje mee betaalde.

#### **B. Gebrekkige waarborgen bij pinbetaling voor bioscoopkaartjes of consumpties**

(3) In het geval van pinbetalingen is er sprake van gebrekkige waarborgen. In haar besluit op bezwaar probeert de AP dat te verhullen:

- a) door te verwijzen naar de gegevens die worden verwerkt op een retorische toon alsof dat slechts ("uitsluitend") om een geringe hoeveelheid gegevens gaat;
- b) door de aandacht te richten op het feit dat deze gegevens niet of nauwelijks terecht komen bij Focus Filmtheater zelf, maar "alleen" bij de Payment Service Provider (de PSP, in casu de firma CCV);
- c) door te verwijzen naar formele spelregels, de privacy-verklaring van CCV en certificeringen (waarborgen op papier);
- d) door het risico van een datalek bij CCV (de Payment Service Provider) te bagatelliseren;
- e) door te zwijgen over een andere verwerker, namelijk de firma Buckaroo.

(4) De AP schrijft hierover achter randnummers [26] en [27] van haar besluit op bezwaar:

*[26] (...) Voor het afhandelen van de financiële transacties bij PIN-betaling maakt Focus Filmtheater gebruik van een Payment Service Provider (PSP), te weten CCV. Bij de verwerking van betaalgegevens bij de aanschaf per PIN van een filmkaartje aan de kassa of een consumptie in de horecagelegenheid worden uitsluitend het bankrekeningnummer van de bezoeker, het bedrag en de betaaldatum verwerkt door CCV. De verwerking van deze persoonsgegevens voor dit doel acht de AP niet onevenredig. Bij de verwerking past CCV*

<sup>62</sup> Zie ook paragraaf 2.6 onder randnummer (11) (pag. 32) van dit beroepschrift.

*bovendien de PAN-masking-techniek toe, een internationale standaard om financiële transacties af te handelen, opgesteld door de Payment Card Industry Security Standards Council (PCISSC). Door toepassing van PAN-masking, ontvangt Focus Filmtheater maandelijks een transactieoverzicht met alleen de laatste vier cijfers van deze gemaskeerde bankrekeningnummers, samen met de bedragen en de data waarop is betaald. Deze transactiegegevens worden door CCV bovendien geclusterd en bij elkaar opgeteld aangeleverd, zonder verdere specificatie met betrekking tot de persoon.*

*[27] (...) Uit de privacyverklaring van CCV zijn naar het oordeel van de AP bij de verwerking door CCV van de transactiegegevens in opdracht van Focus Filmtheater voldoende waarborgen ingeregeld. Zo hanteert CCV, dat zoals eerder is aangegeven internationaal gecertificeerd is, een drievoudige wijze van databescherming, worden alle processen onderworpen aan een Data Protection Impact Assessment (DPIA) en wordt elke activiteit in het dataverwerkingsproces bijgehouden ter controle (openbaar). Ook is ingeregeld hoe wordt omgegaan met een mogelijk datalek.*

**(5)** De genoemde certificaten en beveiligingsmaatregelen leiden echter niet tot een reductie van het risico tot het niveau dat aan de orde is bij contante betaling. Dit blijkt uit een disclaimer van CCV zelf, die ik alleen onder ogen kreeg nadat ik de AP door middel van een Wob-verzoek<sup>63</sup> had bewogen om de door haar met Focus Filmtheater gevoerde correspondentie met mij te delen.<sup>64</sup> In tegenstelling tot in sommige andere casussen, had de AP deze correspondentie tot dan toe achtergehouden. In de betreffende disclaimer stelde CCV:

Hoe goed we ons werk ook doen, er bestaat altijd het risico van een datalek. Dat kan komen door een fout van ons of volledig buiten ons om gebeuren. In elke situatie waarin persoonsgegevens verloren gaan of in verkeerde handen vallen, is sprake van een datalek.<sup>65</sup>

Focus Filmtheater heeft geen inzicht in de interne bedrijfsprocessen van CCV en kan in de praktijk niet controleren welke risico's er in die bedrijfsprocessen ontstaan, en hoe managers en medewerkers van CCV daarmee omgaan. Ook ik als betrokkene kan dat niet controleren. Uit de verklaring van CCV blijkt wel dat er bij CCV gigantische hoeveelheden betaalgegevens worden verwerkt in een complex IT-systeem dat "risico-analyses" vereist.<sup>66</sup> Er is kennelijk sprake van substantiële risico's, dat wil zeggen aanmerkelijk grotere risico's voor de privacy dan die, die zich voordoen bij contante betaling aan een toonbank, een balie of de bar van een horeca-gelegenheid.

### ***Buckaroo***

**(6)** Bovendien blijkt uit de aan mij toegezonden documenten dat behalve CCV, nog een ander bedrijf is betrokken bij de verwerking van persoonsgegevens naar aanleiding van mijn pinbetalingen, namelijk de firma Buckaroo B.V. Dit bedrijf "bewaart" voor Focus Filmtheater een aantal persoonsgegevens: "naam van de consument, rekening en/of card gegevens, emailadressen". Het doel waarmee Focus deze gegevens door Buckaroo laat verwerken, wordt door Focus niet vermeld.

<sup>63</sup> Wob-verzoek: verzoek aan een overheid, met een beroep op de Wet openbaarheid bestuur (Wob), om toezending van informatie. De betreffende overheid is dan wettelijk verplicht die informatie te verschaffen.

<sup>64</sup> De AP deed dat bij brief van 24 mei 2019.

<sup>65</sup> Zie paragraaf 2.2 (pp. 9-10) van mijn aanvulling d.d. 12 juni 2019 op mijn bezwaarschrift.

<sup>66</sup> Zie *ibid.*



Ik heb de verwerkersovereenkomst tussen Focus en Buckaroo bekeken. Om te beginnen valt op dat deze niet is afgesloten door Focus Filmtheater, maar op naam staat van de (toenmalige?) directeur van Focus Filmtheater. Daardoor is het geen geldige verwerkersovereenkomst als het gaat om mijn persoonsgegevens. Als ik een bioscoopkaartje aanschaf, ga ik geen transactie aan met een bioscoopdirecteur als natuurlijk persoon.

Voorts blijkt dat deze verwerkingsovereenkomst niet precies vermeldt welke persoonsgegevens er worden verwerkt. Artikel 1, punt 1.1 stelt dat het gaat om "persoonsgegevens (...) waaronder naam van de consument, rekening en/of card gegevens, e-mail-adressen zijnde klanten van Merchant van Buckaroo" [onderstrepingen van mij]. Dit is dus een open-einde-overeenkomst, die de deur open laat voor de verwerking van niet nader genoemde persoonsgegevens.

Ook lijkt het of ik als bioscoopbezoeker opeens gebombardeerd ben tot "klant van Merchant van Buckaroo". Het doel waarmee de (toenmalige?) bioscoopdirecteur de betreffende persoonsgegevens door Buckaroo (en Merchant – of is dat alleen een handelsnaam??) liet of laat verwerken, wordt in de verwerkersovereenkomst niet vermeld.<sup>67</sup> Dat maakt het wel bijzonder vrijblijvend wanneer in artikel 1 punt 1.4 onder c) van die overeenkomst wordt vermeld dat de verwerker:

c) onverminderd hetgeen is bepaald onder 1.4 (b), de persoonsgegevens niet [zal] (laten) verwerken voor enig ander doel en geen andere handelingen met persoonsgegevens uitvoeren dan overeengekomen in het kader van de dienstverlening.

Het lijkt erop dat Buckaroo B.V. een standaard-overeenkomst uit de kast heeft getrokken, waarin twee dingen zijn ingevuld: de naam van de (toenmalige?) bioscoopdirecteur en een niet-limitatieve opsomming van enkele soorten persoonsgegevens. Vervolgens heeft de bioscoopdirecteur die overeenkomst ondertekend, zonder zelfs maar te checken of de overeenkomst was afgesloten tussen de juiste rechtspersonen. Zou de directeur de inhoud van de overeenkomst wel zorgvuldig gelezen hebben? Dat lijkt zeer onwaarschijnlijk.<sup>68</sup>

Op deze wijze is er geen sprake van een geldige verwerkersovereenkomst, en ook niet van een duidelijk, kenbaar doel waarvoor de genoemde gegevens worden verwerkt. De noodzaak voor die verwerking wordt op deze manier al helemaal niet aangetoond.

<sup>67</sup> Raadpleging van internet levert de informatie dat Buckaroo evenals CCV een PSP is. "**Over Buckaroo**. In 2005 begon Buckaroo als eerste aanbieder van iDEAL in Nederland. Later kwam daar de mogelijkheid voor SEPA direct debit en creditcards bij. Uiteindelijk werden dat meer dan 40 nationale en internationale betaalmethoden en giftcards. Buckaroo is een strategisch betaalpartner voor meer dan 5.000 organisaties en bedrijven in Nederland, waaronder corporates, goede doelen en webwinkels. Hoe ingewikkeld het ook lijkt, we bieden oplossingen voor elk vraagstuk op gebied van betalen. (...) Als je bij Buckaroo een internetkassa afneemt heb je de keuze uit meer dan 40 nationale en internationale betaalmethoden. Denk aan creditcards (Visa, MasterCard, American Express), achteraf betalen (AfterPay, Klarna) en nieuwe betaalapps (Tikkie, Payconiq). (...) **Inspirerende cases**. De ideale betaalmethode is voor elke situatie, product of dienst anders. Door het brede aanbod van betaalmethoden en unieke functies heeft Buckaroo altijd een passende oplossing. Doe inspiratie op met onderstaande cases."

Bron: <https://buckaroo.nl/over-ons/over-buckaroo> (geraadpleegd: 4 januari 2020).

<sup>68</sup> Het is niet duidelijk wie op dit moment de directeur van Focus Filmtheater is. De website van de bioscoop biedt daarover geen uitsluit, maar vermeldt slechts: "**Organisatievorm Focus Filmtheater Arnhem**: Stichting Focus Filmtheater is een stichting zonder winstoogmerk, Focus Eten + Drinken is een aparte BV. De dagelijkse leiding is in handen van één directeur. **Directie**: informatie volgt." Bron: <https://www.focusarnhem.nl/over-focus/wie-is-wie/> (geraadpleegd: 4 januari 2020).

Geconcludeerd moet worden dat de verwerkersovereenkomst met Buckaroo a) ongeldig is, en b) sterke aanwijzingen bevat dat Focus Filmtheater niet zorgvuldig heeft nagedacht over, of is omgegaan met het recht van bioscoopbezoekers op waarborgen ter bescherming van hun persoonsgegevens. Het heeft er alle schijn van dat Focus Filmtheater in ieder geval ten tijde van mijn handhavingsverzoek en ten tijde van de bezwaarprocedure niet "in control" was met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens bij pinbetalingen.

(7) In mijn aanvulling d.d. 12 juni 2019 op mijn bezwaarschrift heb ik mijn bedenkingen over de gang van zaken m.b.t. Buckaroo B.V. nadrukkelijk vermeld. Maar in haar besluit op bezwaar d.d. 27 november 2019 zwijgt de AP daar volledig over. Dat is niet transparant en niet in overeenstemming met de plicht van de AP tot een deugdelijke motivering van een deugdelijke heroverweging naar aanleiding van mijn bezwaar. Het lijkt erop dat de AP zowel Focus Filmtheater als de firma Buckaroo B.V. in bescherming heeft willen nemen door zaken in haar besluit op bezwaar "onder de pet te houden". Dat is echter niet in overeenstemming met haar wettelijke taak als privacy-toezichthouder.

### ***C. Ontbrekende waarborgen bij koop bioscoopkaartjes via de webshop of bezoeken aan de website***

(8) Nog bedenkelijker wordt het als we kijken naar de arrangementen van Focus Filmtheater met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens die worden verzameld. Focus heeft als verwerker het bedrijf Eagerly ingeschakeld. Eagerly heeft op zijn beurt als "subverwerkers" de volgende bedrijven ingeschakeld:

- Nederland: Realhosting (cloud hosting webserver);
- Duitsland, Ierland, Engeland: Amazon, SparkPost, ManageWP;
- Verenigde Staten (Subverwerkers met EU-US Privacy Shield): Dropbox, Google.

Als ik via de webwinkel van Focus Filmtheater één enkel bioscoopkaartje koop, kunnen mijn persoonsgegevens dus ook terecht komen bij ten minste negen bedrijven in ten minste vijf landen (de bovengenoemde bedrijven plus de twee PSP's CCV en Buckaroo). De verwerkersovereenkomsten met Realhosting, Amazon, SparkPost, ManageWP en Dropbox zijn niet opgevraagd door de AP.

Om als verwerkingsverantwoordelijke controle te houden over wat er in een dergelijke, complexe informatie-keten met persoonsgegevens gebeurt, moet Focus Filmtheater van goede huize komen. Dat blijkt echter niet het geval. Uit de documentatie blijkt dat Focus niet eens onderscheid kan maken tussen een privacy-verklaring en algemene voorwaarden (in een bericht aan de AP verwacht Focus de algemene voorwaarden van Google met een privacy-verklaring).

Nadere beschouwing van twee meegezonden documenten (de verwerkersovereenkomst van Focus Filmtheater met Eagerly en de algemene voorwaarden van Google) stellen nog minder gerust.

### ***Google***

(9) Ik begin met Google, omdat die, ondanks zijn schijnbaar ondergeschikte positie als subverwerker (opdrachtnemer van een opdrachtnemer van Focus Filmtheater) in feite de dienst uitmaakt.

In de algemene voorwaarden van Google vallen de volgende zaken op (in de citaten hanteer ik de nummering van de tekst van Google):

5.3 Google will comply with the instructions described in section 5.2 (Customer's Instructions) (including with regard to data transfers) unless EU or EU Member State law to which Google is subject requires other processing of Customer Personal Data by Google, in which case Google will inform Customer (unless that law prohibits Google from doing so on important grounds of public interest).

Dit betekent dat geheime diensten in EU-staten waar Google actief is, heimelijk persoonsgegevens kunnen opvragen over bioscoopbezoekers van Focus Filmtheater, zonder dat die bioscoopbezoekers daar ooit achter komen. Dit maakt ook "uitwisselingstrucs" tussen geheime diensten mogelijk waarmee EU-regelgeving kan worden ontdoken. Bijvoorbeeld de geheime dienst van EU-lidstaat A dwingt Google om heimelijk persoonsgegevens aan te leveren uit EU-lidstaat B, en vice versa. Dit levert risico's voor bioscoopbezoekers op als de democratie en/of de rechtsstaat in één of meer EU-lidstaten onder druk komen te staan. Het bestaan van dergelijke uitwisselingstrucs werd voor het eerst onthuld n.a.v. informatie die door klokkenluider Edward Snowden in 2013 aan kranten werd toegespeeld.

5.4 If Customer uses any Additional Product, the Processor Services may allow that Additional Product to access Customer Personal Data as required for the interoperation of the Additional Product with the Processor Services. (...)

Dit betekent dat als Focus Filmtheater, of verwerker Eagerly, ooit nog andere diensten of producten van Google afneemt, Google daaraan het recht kan ontlenen om persoonsgegevens van bioscoopbezoekers voor andere doelen te gebruiken die te maken hebben met zo'n andere dienst of product. Dit is een gat in de bescherming van de persoonsgegevens van de bioscoopbezoekers.

6.1 Deletion During Term; 6.2 Deletion on Term Expiry.

Focus Filmtheater heeft ook in haar brief van 6 november nog steeds niet duidelijk gemaakt welke afspraken er op dit punt nu precies met Google zijn vastgelegd. In antwoord op een vraag van de AP schrijft Focus dat de gegevens 14 maanden worden bewaard, omdat "Google Analytics" dat "eist". Maar een eis van Google, opgenomen in de algemene voorwaarden voor Google Analytics, is juridisch gezien niet meer dan de eis van een subverwerker, en vormt dus geen grondslag in de zin van artikel 6 lid 1 AVG voor de verwerking (inclusief het bewaren) van persoonsgegevens.

## 7. Data Security

De opmerkingen in de verklaring van Google over beveiliging van de persoonsgegevens zijn buitengewoon algemeen en vaag. Onder 7.1.3 (c) staat dat Google aan de Customer (d.w.z. Focus Filmtheater of één van diens verwerkers...) "Security Documentation" zal aanleveren "in accordance with Section 7.5.1. (Reviews of Security Documentation)". Het is niet duidelijk of Focus of zijn verwerker Eagerly inderdaad beschikt over deze documentatie, en ook niet of Focus in staat is (qua beschikbare tijd en know-how) om die documentatie begrijpend te lezen. Gezien het feit dat Focus geen mensen "kon vrijmaken" om naar de op 17 juni 2019 geplande hoorzitting van de AP te komen, is het zeer waarschijnlijk dat Focus of Eagerly de Security Documentation van Google, als die al is ontvangen, vanwege tijdgebrek onmiddellijk in een diepe bureaula hebben gestopt, of (zonder die te ont-zippen) in een digitaal mapje.

Op deze manier heeft Focus als verwerkingsverantwoordelijke niet aannemelijk gemaakt dat de door Google verwerkte persoonsgegevens adequaat worden beveiligd, of zelfs maar dat Focus zicht heeft op de manier waarop die gegevens worden beveiligd.

7.3.1 Customer agrees that, without prejudice to Google's obligations under Sections 7.1 (Google's Security Measures and Assistance) and 7.2 (Data Incidents): (a) Customer is solely responsible for its use of the Processor Services, including: (i) making appropriate use of the Processor Services to ensure a level of security appropriate to the risk in respect of Customer Personal Data; and (ii) securing the account authentication credentials, systems and devices Customer uses to access the Processor Services; (...)

Focus Filmtheater heeft niet duidelijk gemaakt op welke manier zij die door Google nadrukkelijk bij Focus of bij verwerker Eagerly gelegde verantwoordelijkheid waarmaakt. Ook heeft Focus niet duidelijk gemaakt wat Focus in dit verband als een "appropriate level of security" beschouwt. Ten slotte heeft Focus niet duidelijk gemaakt hoe de authenticatiemiddelen worden beveiligd.

Bovendien eist Google in de volgende paragraaf dat de verwerkingsverantwoordelijke, of verwerker die tussenschakel is, vindt dat het met dat beveiligingsniveau goed is gesteld:

7.3.2 Customer acknowledges and agrees that (taking into account the state of the art, the costs of implementation and the nature, scope, context and purposes of the processing of Customer Personal Data as well as the risks to individuals) the Security Measures implemented and maintained by Google as set out in Section 7.1.1 (Google's Security Measures) provide a level of security appropriate to the risk in respect of Customer Personal Data.

Google eist hier dus van de verwerkingsverantwoordelijke dat die een technische en organisatorische inschatting maakt van veiligheidswaarborgen waartoe de verwerkingsverantwoordelijke niet toegerust is, omdat van de beheerders van een lokaal filmtheater niet verwacht kan worden dat zij de techniek en de interne organisatie van één van de grootste bedrijven ter wereld doorzien. Toch legt Google de verantwoordelijkheid voor die inschatting nadrukkelijk bij de Focus Filmtheater. Dit is een wurgcontract, waar geen weldenkende verwerkingsverantwoordelijke in zou trappen. Een verwerkingsverantwoordelijke die serieus wil voldoen aan de AVG, eist van verwerkers en subverwerkers (zoals Google) dat die de verantwoordelijkheid nemen voor het realiseren van door de verwerkingsverantwoordelijke gestelde doelen op het gebied van de beveiliging van de verwerkte persoonsgegevens, en niet omgekeerd.

10.1 Customer agrees that Google may, subject to Section 10.2 (Transfers of Data Out of the EEA and Switzerland), store and process Customer Personal Data in the United States of America and any other country in which Google or any of its Subprocessors maintains facilities.

Dit betekent dat Google de persoonsgegevens van bezoekers van Focus Filmtheater wereldwijd mag verspreiden. Op deze manier houdt Focus Filmtheater even weinig controle over deze persoonsgegevens als een administratiekantoor op de Kaaiman-eilanden over de oorsprong en bestemming van het geld van Russische oligarchen dat daar tijdelijk is gestald nadat het door een

stuk of drie Zeer Besloten Vennootschappen of Trusts is gesluisd, ten behoeve van een stel UFBO's (Ultimate Fucking Beneficial Owners). Hoeveel subverwerkers heeft Google in de wereld?

Section 10.2 verandert daar niets aan:

10.2 Google will ensure that: (a) the parent company of the Google group, Google LLC, remains self-certified under Privacy Shield on behalf of itself and its wholly-owned U.S. subsidiaries; b) the scope of Google LLC's Privacy Shield certification includes Customer Personal Data.

Dit betekent dat Google zichzelf certificeert als een keurig nette vos in het kippenhok van door Google verwerkte persoonsgegevens, en dat de EU en de VS wegstijgen door hun ogen achter een Privacy Shield te verstoppen. Focus Filmtheater of een Nederlandse bioscoopbezoeker heeft niet de middelen om ook maar enige controle of rechten uit te oefenen over, of adequaat inzicht te hebben in wat er met de verwerkte persoonsgegevens gebeurt in Amerika. Bovendien beperkt Google deze "garantie" ook nog tot de bedrijven die zij volledig in bezit heeft. Dit laat de deur wagenwijd open voor misbruik van data door bedrijven waarin Google een deelbelang heeft.

11.1 Customer specifically authorises the engagement of Google's Affiliates as Subprocessors. In addition, Customer generally authorises the engagement of any other third parties as Subprocessors.

Dit betekent dat Focus Filmtheater en Eagerly ermee hebben ingestemd dat Google de persoonsgegevens deelt met willekeurige bedrijven of personen. Je zou nog kunnen denken dat niet iedereen een "Google Affiliate Subprocessor" kan worden, maar als ik terugkeer naar Section 2 (Definitions and Interpretation) blijkt het daar toch echt te staan:

"Google Affiliate Subprocessors" has the meaning given in Section 11.1 (Consent to Subprocessor Engagement).

**(10)** Deze algemene voorwaarden, waarmee Focus Filmtheater kennelijk heeft ingestemd, rechtstreeks of via Eagerly die als verwerker een tussenschakel vormt, zijn een vrijbrief voor Google om de betreffende persoonsgegevens in de praktijk ongelimiteerd verder te verwerken en verspreiden, mits dat maar een beetje onder de publieke radar gebeurt. Materieel gezien zijn deze algemene voorwaarden van Google in strijd met de doelstelling van de AVG om persoonsgegevens adequaat te beveiligen. Ze maken ook een lachertje van jurisprudentie over "veilige havens".<sup>69</sup>

Daarom is het des te belangrijker dat ik als bioscoopbezoeker het alternatief heb om mijn persoonsgegevens buiten dit privacy-schendende netwerk van bedrijven te houden, door voor mijn filmkaartjes contant en anoniem te betalen, zonder ze via de website te hoeven bestellen.

### **Eagerly**

**(11)** Een blik op de verwerkersovereenkomst tussen Focus Filmtheater en het bedrijf Eagerly Internet maakt duidelijk dat Eagerly de bevelen van Google doorgeeft aan Focus Filmtheater. De werkelijke hiërarchie is omgekeerd aan de formele hiërarchie:

---

<sup>69</sup> Bijv. de uitspraak van het Europese Hof van Justitie (ECJH) over "Safe Harbor" op 6 oktober 2015.

1.4 Verantwoordelijke staat er voor in dat de verwerking van persoonsgegevens onder één van de vrijstellingen onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) en andere Toepasselijke wet- en regelgeving betreffende de Verwerking van Persoonsgegevens valt, en dat er aldus geen melding bij de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) is vereist.

Hiermee legt Eagerly de verantwoordelijkheid voor haar eigen compliance met de AVG bij Focus Filmtheater, en Focus laat dat gebeuren door deze overeenkomst te ondertekenen. Maar als Focus die verantwoordelijkheid op zich neemt, dan had zij tegen Eagerly moeten zeggen dat Eagerly niet Google als sub-verwerker mag inschakelen als Google de hiervoor geciteerde algemene voorwaarden hanteert.

Zoals het nu gegaan is, heeft Focus ofwel via de verwerkersovereenkomst met Eagerly ingestemd met het overleveren van persoonsgegevens aan een organisatie (Google) die zich aan de AVG onttrekt – ofwel Focus heeft Eagerly niet ter verantwoording geroepen nadat Focus ontdekte wat er in de algemene voorwaarden van Google stond – ofwel Focus heeft de algemene voorwaarden van Google niet eens gelezen en daarmee haar plicht als verwerkingsverantwoordelijke verzaakt om in de gaten te houden of de verwerker zijn verplichtingen wel nakomt.

4.1 Verwerker mag de persoonsgegevens verwerken in landen binnen de Europese Unie. Doorgifte naar landen buiten de Europese Unie is verboden, uitgezonderd aan organisaties die een EU-US Privacy Shield overeenkomst hebben.

Waarschijnlijk wordt er hier met "Privacy Shield overeenkomst" bedoeld op het soort "zelfcertificatie" dat Google praktizeert. Maar even afgezien van de ontbrekende substantie van een dergelijke zelf-certificatie als het gaat om de daadwerkelijke bescherming van persoonsgegevens, blijkt uit de algemene voorwaarden van Google ook dat die de persoonsgegevens kan verspreiden naar landen die zich zowel buiten de EU als buiten de Verenigde Staten bevinden - en die dus helemaal niet onderhevig zijn aan enig "Privacy Shield". Als Eagerly zijn verplichting in de hierboven geciteerde paragraaf 4.1 van de verwerkersovereenkomst was nagekomen, dan had Eagerly niet ingestemd met de algemene voorwaarden van Google. Nu Eagerly dat wel gedaan heeft, heeft Eagerly onrechtmatig gehandeld.

In paragraaf 4.2 van de verwerkersovereenkomst worden de zes subverwerkers in vijf landen genoemd. Even later volgt paragraaf 6.1:

6.1 Verwerker zal zich inspannen voldoende technische en organisatorische maatregelen te nemen met betrekking tot de te verrichten verwerkingen van persoonsgegevens, tegen verlies of tegen enige vorm van onrechtmatige verwerking (zoals onbevoegde kennisname, aantasting, wijziging of verstrekking van de persoonsgegevens).

Interessant, hiermee reduceert Eagerly haar verplichting tot een "inspanningsverplichting", en de verwerkingsverantwoordelijke (Focus) stemt daarmee in. Dit moet opgevat worden als collusie tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker om de persoonsgegevens niet adequaat te beschermen. Dit is vergelijkbaar met zeggen: "Ik ga ernaar streven om niet door een rood verkeerslicht te rijden, maar ik garandeer dat niet."

Bovendien blijkt deze "inspanning" van Eagerly nog niet eens te betekenen dat Eagerly de algemene voorwaarden van Google goed genoeg ("eager" genoeg) leest om te zien dat die in strijd zijn met paragraaf 4.1 van de verwerkersovereenkomst.

Maar het is met Eagerly nog erger gesteld:

6.2 Verwerker staat er niet voor in dat de beveiliging onder alle omstandigheden doeltreffend is. De Verwerker zal zich inspannen de beveiliging te laten voldoen aan een niveau dat, gelet op de stand van de techniek, de gevoeligheid van de persoonsgegevens en de aan het treffen van de beveiliging verbonden kosten, niet onredelijk is.

Ik moest even knippen met mijn ogen bij het lezen van deze tekst, maar het staat er toch echt. "*Verwerker staat er niet voor in dat de beveiliging onder alle omstandigheden doeltreffend is.*" Als een verwerker dat expliciet in een contract wil opnemen, dan moet een verwerkingsverantwoordelijke die de AVG naleeft, onmiddellijk de onderhandelingen afbreken en afscheid nemen.

Ten slotte valt in paragraaf 11.3 van de verwerkersovereenkomst nog op dat de Verwerker (Eagerly) expliciet wordt uitgesloten van schade "verband houdende met het gebruik van door Verantwoordelijke (Focus Filmtheater) voorgeschreven gegevens of databestanden, of verlies, verminking of vernietiging van gegevens of databestanden."<sup>70</sup>

### ***Implicaties voor de omgang met persoonsgegevens bij verwerking via website en webwinkel***

**(12)** In combinatie met elkaar maken de algemene voorwaarden van Google en de verwerkersovereenkomst tussen Eagerly en Focus Filmtheater duidelijk dat de verhoudingen als volgt zijn:

- Google bepaalt wat er gebeurt en is nergens verantwoordelijk voor;
- Eagerly is een doorgeefluik van commando's van Google;
- Focus Filmtheater heeft niks in te brengen en is overal verantwoordelijk voor;
- De bioscoopbezoekers hebben niks in te brengen, worden over deze getrapte vogelvrijverklaring van hun persoonsgegevens niet geïnformeerd en zijn overgeleverd aan de haaien (d.w.z. aan de geheime en half-geheime grillen van Google).

**(13)** Nu zou iemand met een zeer roze bril, die een onverstoort vertrouwen heeft in de goedheid van de wereld, en in het bijzonder die van Google en andere grote data-bedrijven, kunnen tegenwerpen dat Google het vast goed bedoelt en zorgvuldig zal omgaan met zijn enorme overmacht. Helaas voor die persoon (laten we hem Candide noemen) blijkt uit een zeer recent krantenartikel in *The Guardian* dat zulk optimisme niet realistisch is:

---

<sup>70</sup> Eagerly Internet is in 1999 opgericht door Marnix en Matthijs, destijds klasgenoten in 6 VWO. Zij vormen sindsdien de bureauleiding en werken mee aan projecten. De afgelopen jaren is Eagerly Internet organisch gegroeid tot wat het nu is; een webbureau met een multidisciplinair team van twaalf vakmensen. We werken zo veel mogelijk voor ons plezier, daar is Eagerly Internet op gebouwd. Dat werkplezier vinden we in opdrachten van boeiende (veelal culturele of non-profit) opdrachtgevers, toegewijde samenwerking, maatwerk en een fijn kantoor aan een prachtige gracht in de binnenstad van Utrecht. Ons multidisciplinaire team werkt pragmatisch, complementair en gedreven aan de beste integraties en oplossingen binnen de gestelde randvoorwaarden.

Bron: <https://www.eagerly.nl/over-ons/> (Geraadpleegd: 4 januari 2020)

A former Google executive claims he was pushed out of the company over his advocacy of human rights, alleging in a public blogpost that the company is increasingly putting profits over people.

Ross LaJeunesse, the former head of international relations at Google and now a Democratic candidate for US Senate in Maine, said he was forced to leave the company after reporting discriminatory practices, and that his work to combat censorship was at odds with Google's desires to expand into a growing market in China.

"In reality, I don't think we can trust Google," he told the Guardian. "It has been shown time and time again, whether in how it handles personal data to when it's asked to address violent content online, that we cannot take Google at its word any more."<sup>71</sup>

Dat is dus het bedrijf waaraan Focus Filmtheater de persoonsgegevens van zoveel mogelijk bioscoopbezoekers wil overleveren.

**(14)** Als Focus Filmtheater een privaat bedrijf was geweest, dan zou ik de AP hebben verzocht om aan Focus een boete op te leggen voor moedwillige nalatigheid bij het beschermen van persoonsgegevens van bioscoopbezoekers, door in te stemmen met clausules 6.1, 6.2 en 11.3 in een verwerkersovereenkomst, en voor moedwillige nalatigheid bij het informeren van bioscoopbezoekers over wat er met hun via de website verwerkte persoonsgegevens gebeurt. Maar omdat Focus een door de gemeente Arnhem gesubsidieerde instelling is, zou die boete bij de Arnhemse belastingbetalers terecht komen, en dat wil ik niet. Een proportionele boete voor de bestuursleden en de (toenmalige?) directeur van Focus zou ik echter zeer terecht vinden – alleen weet ik niet of dat juridisch kan.

**(15)** Gezien deze onverantwoordelijke omgang door Focus Filmtheater met persoonsgegevens die via de webwinkel worden verwerkt, is het des te belangrijker dat ik als bioscoopbezoeker de mogelijkheid heb om mijn gegevens buiten zo'n netwerk van bedrijven te houden, dat zich van privacy-regels uiteindelijk niets hoeft aan te trekken. Die mogelijkheid heb ik als ik voor mijn filmkaartjes contant en anoniem kan betalen, zonder ze via de website te hoeven bestellen.

#### ***De AP verzuimt zijn wettelijke taak met betrekking tot de website en webshop***

**(16)** Ik weet niet of de hiervoor beschreven gang van zaken bij Focus Filmtheater representatief is voor hoe het toegaat achter de schermen van veel Nederlandse websites, maar ik vermoed van wel. Naar aanleiding van mijn bezwaar en naar aanleiding van de informatie die tijdens de bezwaarprocedure boven tafel kwam, had de AP moeten concluderen dat Focus Filmtheater als verwerkingsverantwoordelijke grove nalatigheid heeft getoond ten aanzien van de bescherming van persoonsgegevens, en dat er ten aanzien van Focus Filmtheater dus stevig gehandhaafd moet worden. Het stellen van een voorbeeld was op zijn plaats geweest.

**(17)** Ook had de AP in de algemene voorwaarden van Google aanleiding moeten zien om bij de Raad van State een verzoekschrift ex artikel 20 UAVG in te dienen met betrekking tot de adequaatheid van het EU-besluit om de Verenigde Staten aan te wijzen als een land waar

<sup>71</sup> "'We can't trust Google': former executive says company has lost its way", in: *The Guardian*, 3 januari 2020. <https://www.theguardian.com/technology/2020/jan/03/google-executive-human-rights-activism> (geraadpleegd: 4 januari 2020; onderstreping van mij.)



persoonsgegevens voldoende worden beschermd (Privacy Shield). Immers, Google is gevestigd in de Verenigde Staten, en kennelijk is het in de VS toelaatbaar dat Google in haar algemene voorwaarden een vrijbrief voor zichzelf opneemt om persoonsgegevens te verspreiden naar organisaties in alle landen in de wereld te export, mits Google maar een partnerschap aangaat met enig (dochter)bedrijf aldaar.

**(18)** Maar wat deed de AP in haar besluit op bezwaar? Zwijgen over het wangedrag van Focus Filmtheater, en mijn bezwaar afwijzen zonder in te gaan op wat ik naar voren had gebracht. Zo realiseert de AP als toezichthouder geen hoog beschermingsniveau, maar dekt juist de organisaties die dat beschermingsniveau met hun nalatigheid tot de grond toe afbreken.

Als dit rechtmatig zou zijn, dan stelt de Europese privacy-bescherming niets voor en kunnen we de AVG en artikel 8 EVRM, voor zover dat betrekking heeft op persoonsgegevens, bij het vuilnis zetten, omdat ze als puntje bij paaltje komt, niets waard zijn. Het concept van "waarborging van een passende beveiliging" (artikel 5 lid 1 onder f) AVG) zou geen substantie meer hebben.

### 3.5.3 Er is geen sprake van belangenafweging in de zin van artikel 6 lid 1 onder f) AVG

*Inleiding: de AVG vindt tracking van bezoekers van websites door middel van o.a. analytische cookies een "gerechtvaardigd belang" van publieke organisaties*

(1) Dat de AVG het als privacy-toezichthouder niet als haar taak ziet onze privacy te beschermen, maar juist om die ten grave te dragen, blijkt uit haar opvatting ten aanzien van het gebruik van cookies op websites zoals die van Focus Filmtheater. Het normenkader (en daarmee ook het beoordelingskader) dat de AP op dit punt hanteert, is pervers, en in strijd met de fundamentele van het gedachtegoed waarop internationale mensenrechten, die de EU zegt te respecteren, zijn gebaseerd. Ook is het in strijd met artikel 8 EVRM, en met een correcte interpretatie van artikel 6 lid 1 onder f) van de AVG.

(2) Ik zal mijn standpunt hierover in deze paragraaf als volgt onderbouwen.

- Eerst zal ik **het verschijnsel "tracking van websitebezoekers"** bespreken in het licht van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Ik zal daarbij ingaan op de verschillende doelen die met vormen van tracking kunnen worden nagestreefd, en betogen dat het normenkader waarvan de mensenrechten afhankelijk zijn, vereist dat zulke "tracking" alleen plaatsvindt indien er ofwel goed geïnformeerde en echt vrijwillige instemming is van de kant van de betrokkene, ofwel van een noodzaak zoals beschreven in het tweede lid van artikel 8 EVRM.
- Daarna zal ik **het verschijnsel "cookie"** bespreken, en daarbij aandacht besteden aan zogeheten "noodzakelijke" cookies en aan zogeheten "analytische" cookies die de met tracking verzamelde gegevens verder verwerken. Ik zal ingaan op de vraag wat cookies zijn, de doelen waarvoor ze worden gebruikt, en de doelen waarvoor ze nodig zijn.
- Vervolgens zal ik **het begrip "gerechtvaardigd belang"** en de implicaties van artikel 6 lid 1 onder f) AVG bespreken, in het licht van de bijbehorende overweging (47) van de AVG.
- Ten slotte zal ik, in het licht van het voorafgaande, ingaan op de **opvattingen van de AP** over de toelaatbaarheid van tracking en cookies, aan de hand van wat de AP daarover wel en niet zegt in haar besluit op bezwaar. Ik zal daarbij ingaan op het feit dat de website van Focus Filmtheater een publieke functie vervult, alsmede op het onderscheid tussen degenen die de website van Focus Filmtheater alleen bezoeken om informatie over de vertoonde films te vergaren, en degenen die via die website ook bioscoopkaartjes kopen. Ik zal betogen dat de AP op dit punt, zonder het toe te geven, ten onrechte een vrijbrief geeft aan de verwerkingsverantwoordelijke om de privacy, en daarmee het privé-leven, van bioscoopbezoekers te schenden.

*Tracking van websitebezoekers en het normenkader van mensenrechten (art. 8 EVRM)*

(3) Het normenkader van mensenrechten vraagt om de bescherming van bepaalde rechten van ieder individueel mens, en daarmee ook om de bescherming van de individualiteit op zich van ieder mens. In dit normenkader worden mensen niet opgevat als willoze en volledig door onpersoonlijke krachten gedetermineerde radertjes in een systeem, maar als levende wezens met een individuele wil, een individueel vermogen tot reflectie en individuele vrijheid om keuzes te maken die gevolgen hebben voor henzelf en hun omgeving.

Door middel van de bescherming van individualiteit op zich en van individuele rechten, worden mensen beschermd tegen tirannie, en tegen de zware beschadiging of zelfs vernietiging van hun leven door tirannen, en door de dienaren en werktuigen van tirannen.

**(4)** De hedendaagse tirannen worden gekenmerkt door hun macht over digitale technologie. Het kan daarbij gaan om de eigenaren en CEO's van grote tech-bedrijven of tech-conglomeraten zoals Google, Facebook, Amazon, Microsoft, Apple en dergelijke, maar ook om de politieke machthebbers in autoritair geregeerde staten waarin grote tech-bedrijven en conglomeraten aan de politieke machthebbers zijn onderworpen. Voorbeelden daarvan zijn de Chinese leider Xi Jinping en de Russische leider Vladimir Poetin.

In andere landen met relatief grote technologische macht kan de machtsverdeling diffuser zijn. In sommige landen wordt het machtsstreven van aspirant-tirannen voorsnog beperkt door een deels functionerende rechtsorde, bijvoorbeeld in de Europese Unie en in mindere mate in de Verenigde Staten en Japan.

Hedendaagse tirannen proberen IT (digitale technologie) in te zetten om hun macht steeds verder te vergroten en individuele mensen steeds verder te onderwerpen, hun vrijheid via onopvallende beïnvloeding te beperken en hen te reduceren tot instrumenten die de wil van de tirannen tot uitvoering brengen. Een essentieel onderdeel van die machtsuitbreiding is een steeds verdergaande observatie van het gedrag van individuele mensen, vooral ook via internet. Het volgen ("tracken") van het gedrag van bezoekers van websites maakt deel uit van dat proces van toenemende observatie, onderwerping, vrijheidsbeperking en instrumentalisering van mensen.

**(5)** Het normenkader (ethos) waarop mensenrechten gebaseerd zijn, en dat tegelijk door de daadwerkelijke eerbiediging en toepassing van mensenrechten in stand wordt gehouden, vereist dat er grenzen worden gesteld aan de (pogingen tot) machtsuitbreiding van (aspirant-)tirannen die met dat doel digitale technologie inzetten.

Dit vereist dat er grenzen worden gesteld aan het zonder toestemming observeren van individuele mensen wanneer die communiceren via internet, zolang die communicatie plaatsvindt binnen hun persoonlijke levenssfeer. Sterker nog, de afbakening van een "persoonlijke levenssfeer" is het stellen van die grenzen. De persoonlijke levenssfeer is namelijk de ruimte waarbinnen die onvrijwillige observatie niet mag plaatsvinden, zolang de betreffende persoon niet verdacht wordt van (het beramen van) een misdrijf.

Het inwinnen van informatie over arthouse-films en het kopen van bioscoopkaartjes voor jezelf, je gezinsleden of je vrienden is iets wat deel uitmaakt van de persoonlijke levenssfeer.

Het normenkader dat het fundament vormt van de mensenrechten, vereist daarom dat onvrijwillige "tracking" niet plaatsvindt bij een individueel bezoek van een potentiële bioscoopbezoeker (een privé-persoon) aan een website zoals die van Focus Filmtheater. Artikel 8 EVRM vereist dat dit normenkader gehandhaafd wordt, en in rechte beschermd wordt.

**(6)** Tracking kan op verschillende manieren gebeuren. De Engelstalige Wikipedia biedt een inleidend overzicht:

---

## **Ways of Web Tracking**

IP addresses is what identifies users on the internet. Websites can determine a user's geographical location from your IP address. Every device connected to the internet is assigned their own IP address that allows devices to communicate with one another. The IP address is a core component on how the internet works, and because of the uniqueness of the IP address, they can be used to track you.

HTTP cookies are information that is saved by your web browser. When a user visits a website, the site might store a cookie so it can recognize the user's device in the future. When the user returns to the site, it can read the cookie to remember the user from the last visit. Cookies can be used to customize the user's browsing experience and used to deliver targeted ads. Some browsing activities that cookies can store are:

- Pages and content you looked at
- What you searched online
- When you clicked on an online advertisement
- What time you visited a site

First party cookies are created by the domain the user is visiting. These are the cookies that are considered good. They help provide a better experience for users.

Third parties are created by sites other than the one users are visiting. They insert additional tracking methods to record what you do online. On-site analytics refers to data collection on the current site. It is used to measure many aspects of user interactions including the number of times a user visits.

## **Methods**

- Canvas fingerprinting allows websites to identify and track users using HTML5 canvas elements instead of using a browser cookie.
- Cross-device tracking are used by advertisers to help identify which channels are most successful in helping convert browsers into buyers.
- Click-through rate is used by advertisers to measure the number of clicks they receive on their ads per number of impressions.
- Mouse tracking collects the user's mouse cursor positions on the computer.
- Browser fingerprinting relies on your browser and is a way of identifying users every time they go online and track your activity. Through fingerprinting, websites can determine the user's operating system, language, time zone, and browser version without your permission.
- Supercookies or "evercookies" can not only be used to track users across the web. They are hard to detect and difficult to remove since they are stored in a different place than the standard cookies.
- Session replay scripts allow the ability to replay a visitor's journey on a web site or within a mobile application or web application.
- Web beacons are commonly used to check whether or not an individual who received an email actually read it.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Bron: [https://en.wikipedia.org/wiki/Web\\_tracking](https://en.wikipedia.org/wiki/Web_tracking) ( geraadpleegd: 5 januari 2020)

**(7)** In de praktijk wordt er door Nederlandse en Europese toezichthouders tot dusverre op dit punt afgeweken van artikel 8 EVRM. Allerlei vormen van tracking van privé-personen worden oogluikend toegestaan, vanuit de benadering "Wat niet weet, wat niet deert". En men heeft het toch al druk.

**(8)** Krachtige lobbies vanuit de IT-industrie proberen te doen voorkomen dat tracking van privé-personen op internet "noodzakelijk" zou zijn, bijvoorbeeld "technisch" noodzakelijk of noodzakelijk voor het "goed functioneren van de [Europese] interne markt" of voor "de concurrentiepositie van Europese IT-bedrijven op de wereldmarkt". Dat is allemaal onzin. Het zijn rookgordijnen die IT-machthebbers opwerpen om niet begrensd te worden in hun machtsontplooiing. Met precies even weinig recht zouden ze kunnen beweren dat kinderarbeid "technisch" noodzakelijk is, of noodzakelijk voor hun "concurrentiepositie op de wereldmarkt".

**(10)** Een andere tegenwerping tegen het verbieden van tracking zou kunnen zijn dat als iemand in een fysieke winkel een product koopt, de winkelier hem toch ook kan observeren. Die vergelijking snijdt om twee redenen geen hout. Ten eerste gaat het bij observatie in een fysieke winkel om zichtcontact en verbaal contact tussen twee mensen, waarbij geen namen hoeven te worden genoemd en er geen persoonsgegevens in digitale of fysieke systemen (bijv. notitieboeken) worden opgeslagen. Ten tweede wordt de bezoeker van een fysieke winkel, ongeacht of hij nu een product koopt of niet, na het verlaten van de winkel niet gevolgd door de winkelier.

**(11)** Ook staat de tracking van niet-verdachte bezoekers van websites, waaronder webshops, niet in dienst van één van de belangen die in het tweede lid van artikel 8 EVRM worden genoemd, en die een inbreuk op het privé-leven zouden rechtvaardigen.<sup>73</sup>

**(12)** Ten aanzien van tracking zonder hun toestemming van niet-verdachte bezoekers van de website van Focus Filmtheater zou uw rechtbank derhalve het beoordelingskader moeten hanteren dat deze tracking op grond van artikel 8 EVRM, waarmee een correcte interpretatie van de AVG in overeenstemming moet zijn, niet rechtmatig is.

**(13)** Dat bijvoorbeeld Google een machtig bedrijf is dat met Google Analytics het overgrote deel van de tracking-markt heeft gepenetreerd, maakt dat niet anders.

---

<sup>73</sup> Artikel 8 EVRM – *Recht op eerbiediging van privé familie- en gezinsleven*

1. Een ieder heeft het recht op respect voor zijn privé-leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

### ***Cookies - wat zijn het, waarvoor worden ze gebruikt, en waarvoor zijn ze nodig?***

**(14)** In de Engelstalige versie van Wikipedia wordt een samenvatting gegeven van wat een cookie is en hoe cookies zijn ontstaan:

---

An **HTTP cookie** (also called **web cookie**, **Internet cookie**, **browser cookie**, or simply **cookie**) is a small piece of data sent from a website and stored on the user's computer by the user's web browser while the user is browsing. Cookies were designed to be a reliable mechanism for websites to remember stateful information (such as items added in the shopping cart in an online store) or to record the user's browsing activity (including clicking particular buttons, logging in, or recording which pages were visited in the past). They can also be used to remember arbitrary pieces of information that the user previously entered into form fields such as names, addresses, passwords, and credit-card numbers.

Cookies perform essential functions in the modern web. Perhaps most importantly, **authentication cookies** are the most common method used by web servers to know whether the user is logged in or not, and which account they are logged in with. Without such a mechanism, the site would not know whether to send a page containing sensitive information, or require the user to authenticate themselves by logging in. The security of an authentication cookie generally depends on the security of the issuing website and the user's web browser, and on whether the cookie data is encrypted. Security vulnerabilities may allow a cookie's data to be read by a hacker, used to gain access to user data, or used to gain access (with the user's credentials) to the website to which the cookie belongs (see cross-site scripting and cross-site request forgery for examples).

**Tracking cookies**, and especially third-party tracking cookies, are commonly used as ways to compile long-term records of individuals' browsing histories — a potential privacy concern that prompted European and U.S. lawmakers to take action in 2011. European law requires that all websites targeting European Union member states gain "informed consent" from users before storing non-essential cookies on their device.

Google Project Zero researcher Jann Horn describes ways cookies can be read by intermediaries, like Wi-Fi hotspot providers. He recommends to use the browser in incognito mode in such circumstances. (...)

The first use of cookies (out of the labs) was checking whether visitors to the Netscape website had already visited the site. Montulli applied for a patent for the cookie technology in 1995, and US 5774670 was granted in 1998. Support for cookies was integrated in [Microsoft] Internet Explorer in version 2, released in October 1995.

The introduction of cookies was not widely known to the public at the time. In particular, cookies were accepted by default, and users were not notified of their presence. The general public learned about cookies after the *Financial Times* published an article about them on February 12, 1996. In the same year, cookies received a lot of media attention, especially because of potential privacy implications.<sup>74</sup>

---

**(15)** Het is belangrijk om op te merken dat in deze beschrijving een onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds "**authenticatie**" als essentiële functie voor het functioneren van internet ("het web"), en anderzijds "**authenticatiecookies**" als meest gebruikte methode om die functie te

<sup>74</sup> Bron: [https://en.wikipedia.org/wiki/HTTP\\_cookie](https://en.wikipedia.org/wiki/HTTP_cookie) (geraadpleegd: 5 januari 2020)

vervullen. Authenticatiecookies zijn zelf niet essentieel voor het functioneren van het web. Er zijn ook andere manieren om te komen tot een goed functionerende authenticatie van bezoekers van websites. Dit betekent dat authenticatiecookies, anders dan veel IT-bedrijven graag doen voorkomen, in werkelijkheid niet beschouwd moeten worden als "noodzakelijke cookies".

Er is nog nooit aangetoond dat enige cookie technisch nodig zou zijn om internet naar behoren te laten functioneren als het gaat om het bezoeken van een eenvoudige website of webshop. Er zijn ook andere technieken voorhanden of mogelijk, zowel voor authenticatie als voor inloggen of "winkelen" - alleen menen toonaangevende IT-bedrijven er belang bij te hebben om zulke technieken juist niet te ontwikkelen of toe te passen - dat zou hun immers een excuus ontnemen om de computers van privé-gebruikers te invaderen met cookies, terwijl zij hun verdienmodellen juist op een invasie van de privacy gebaseerd hebben.

Deze weigerachtigheid van IT-bedrijven verandert echter op zich niets aan de technische mogelijkheden. Om die reden voldoet het zonder vrijwillige instemming plaatsen van welke cookie dan ook niet aan de criteria van artikel 5 lid 1 onder b) AVG ("gerechtvaardigdheid" van een onvrijwillige inbreuk op de privacy) in samenhang met artikel 5 lid 2 AVG ("verantwoordingsplicht"). Er is geen sprake van gerechtvaardigdheid, maar van overmacht van de IT-bedrijven.

**(16)** Een speciale categorie cookies wordt gevormd door de zogeheten "tracking cookies":

---

Het doel van een bepaald soort cookies, genaamd **tracking cookies**, is het verzamelen van informatie over websurfers. Dit gaat als volgt:

- Men bezoekt een website (laten we deze website A noemen) die reclame in de pagina heeft. Deze reclame is meestal afkomstig van de website van een advertentiebureau en deze website kan ook cookies opslaan.
- Later komt men op een andere website (website B), die van ditzelfde advertentiebureau gebruikmaakt om reclame weer te geven, dus kan de advertentie-website het eerder geplaatste cookie opvragen.
- Hierdoor kan men dan te weten komen dat de gebruiker ook naar website A geweest is en de inhoud van de reclame daaraan aanpassen. Als het aantal sites waar dit advertentiebureau actief is groot genoeg is kunnen er gebruikersprofielen gemaakt worden.

Niet enkel websites, maar ook flash-applicaties kunnen tracking cookies achterlaten. Deze worden meestal niet verwijderd door antivirussoftware omdat het in een andere vorm wordt opgeslagen, maar men kan ze wel zelf verwijderen.

Men zou als privacy-maatregel het accepteren van cookies door de internetbrowser kunnen uitschakelen, maar dit kan tot problemen leiden (om bijvoorbeeld ingelogd te blijven op een website wordt er doorgaans gebruik gemaakt van cookies). (...) Het grootste probleem is de inbreuk op de privacy en anonimiteit. Een aantal Adblockers (internetbrowser plugin die onder andere advertenties blokkeren) blokkeren ook tracking cookies. (...)

Voor technisch noodzakelijke cookies, zoals een winkelmandje of een inlogformulier, is geen toestemming vereist. Voorbeelden waarvoor wel toestemming is vereist zijn: Google Analytics,

Google Maps, YouTube, Facebook, Twitter enz. Zonder toestemming mogen er geen cookies worden geplaatst en is het aan de eigenaar van de website om die functionaliteiten te blokkeren, of de gehele website te blokkeren.<sup>75</sup>

---

**(17)** Anders dan ik hiervoor onder randnummer **(15)** naar voren heb gebracht, wordt in deze tekst uit de Nederlandse Wikipedia het plaatsen van cookies op privé-apparaten (computers, smartpones etc.) wel "noodzakelijk" geacht voor "inloggen" en "winkelen" op websites. In dit beroepschrift zal ik daarover niet de strijd aangaan. In plaats daarvan zal ik mij richten op de onrechtmatigheid van het plaatsen van tracking cookies die ook worden ingezet bij bezoek aan websites zonder dat daar wordt ingelogd of "gewinkeld".

Mochten er echter, bijvoorbeeld naar aanleiding van publiciteit over deze zaak, deskundigen opstaan die hier meer over kunnen en willen zeggen, dan zal ik die discussie verwelkomen.

**(18)** Het feit dat (de meeste?) tracking cookies door gebruikers na afloop van bezoek aan een website weer verwijderd kunnen worden, leidt de aandacht af van het werkelijke probleem, dat driedig is:

a) **Technisch.** Ook als tracking cookies direct na een sessie of websitebezoek door de bezoeker (de privé-persoon) weer handmatig worden verwijderd, dragen ze nog steeds bij aan het volgen van het traject dat die privé-persoon op internet aflegt. Met name Google beschikt inmiddels over zoveel informatie, dat het voor dit bedrijf niet nodig is dat tracking cookies in de periode tussen bezoeken aan verschillende websites op een apparaat ("device") bewaard blijven. Google kan mensen al tracken aan de hand van hun separate webbezoeken. Aan de hand van informatie die bij Google reeds voorhanden is (de *big data* in Google's database), kan Google bij elke "nieuwe" bezoeker van een op Google Analytics aangesloten website checken of het gaat om een bezoeker die gebruik maakt van hetzelfde apparaat waarmee eerder andere websites zijn bezocht. Er bestaan technieken om te maskeren vanaf welk apparaat een website wordt bezocht, maar die vallen buiten het bereik van de meeste mensen, en hebben nog andere nadelen, waaronder het nadeel dat juist het gebruikmaken van zulke technieken de geautomatiseerde aandacht van opsporingsinstanties kan trekken, en daarmee hun verdenking kan wekken. Er ontstaat op die manier een technische race tussen privé-personen die niet willen opvallen en de bedrijven en overheden die hen proberen te dwingen om juist wèl op te vallen en daarmee controleerbaar en stuurbaar te worden. Deze race is in essentie een machtsstrijd. Slechts een miniem aantal technisch zeer vaardige "nerds" is in staat om als privé-persoon in die technische race succes te boeken, of althans niet heel snel ten onder te gaan. Ik behoor niet tot die selecte groep.

b) **Juridisch.** De marktmacht en de technische macht van Google is inmiddels zo groot, dat Google aan de eigenaren van websites de toegang tot faciliteiten kan ontzeggen die de meesten van hen (vaak op subjectieve of opportunistische gronden) onontbeerlijk achten voor het goed functioneren van hun sites. Als gevolg daarvan stellen de meeste eigenaren van de sites hun bezoekers voor de keuze: "Ofwel je accepteert quasi-vrijwillig dat je door middel van cookies door Google wordt gevolgd, ofwel je krijgt geen toegang tot belangrijke functionaliteiten van onze site."

---

<sup>75</sup> Bron: [https://nl.wikipedia.org/wiki/Cookie\\_\(internet\)](https://nl.wikipedia.org/wiki/Cookie_(internet)) (geraadpleegd: 5 januari 2020)



In het geval van de website van Focus Filmtheater verleent de eigenaar van de site geen toegang tot de site, tenzij de bezoeker instemt met het plaatsen van "functionele cookies" op zijn computer. Het gaat dan, blijktens het pop-up-scherf dat direct na mijn aankomst op de site verschijnt, om de volgende cookies (tekst zichtbaar na uitvouwen van de pop-up):

**"Google Analytics**

Bezoekersstatistieken, websitebezoek en gebruik wordt gemeten en gebruikersgegevens worden anoniem verzameld.

**TicketLab**

Technische, functionele en (anonieme) analytische cookies (Google Analytics) worden gebruikt om het sitebezoek te meten."<sup>76</sup>

Het gaat hier echter om persoonsgegevens die door Google pas worden geanonimiseerd nadat ze in niet anonieme vorm (door Google?) zijn verzameld. "Anoniem verzamelen" is een misleidende term, die verhult of de anonimisering vóór of na de verzameling plaatsvindt. Bovendien is het onwaarschijnlijk dat het gaat om een vorm van "anonimisering" die bestand zou zijn tegen de profilering waarin Google wereldkampioen is, waardoor er waarschijnlijk alsnog tracking plaatsvindt. De AP had moeten onderzoeken of de beweerde anonimisering aantoonbaar tijdig en effectief plaatsvindt, voordat zij een besluit nam over mijn handhavingsverzoek.

Zolang hierover onduidelijkheid is, wil ik als bezoeker van de bioscoopsite, vanuit het voorzorgsbeginsel, niet dat Google de betreffende gegevens überhaupt in handen krijgt - mede gezien het feit dat Google, blijktens diens hiervoor geciteerde algemene voorwaarden, zich vrij voelt alles met verzamelde gegevens te doen in meer dan honderd landen ter wereld, zonder dat iemand buiten Google daar effectief controle op kan uitoefenen of zelfs maar inzicht in kan krijgen. Focus Filmtheater en ik als bezoeker van de bioscoopsite kunnen dat al helemaal niet.

De rechtmatigheid van de plaatsing van deze zogeheten "functionele cookies" op mijn apparaat zonder mijn instemming is op deze wijze niet aangetoond in de zin van artikel 5 lid 2 AVG, en in strijd met artikel 8 EVRM (mede met het oog op de "horizontale werking" daarvan), aangezien mijn apparaat tot mijn privé-sfeer behoort, die op deze manier door Focus Filmtheater en Google niet wordt geëerbiedigd. Als gevolg van die strijdigheid met art. 8 EVRM is die cookie-plaatsing ook in strijd met andere AVG-bepalingen - indien geïnterpreteerd in overeenstemming met het EVRM.

Hier komt nog bij dat de door Focus Filmtheater in de pop-up gehanteerde terminologie, namelijk die van "functionele cookies" versus "marketing/tracking cookies"<sup>77</sup>, misleidend is. Het gaat ook bij de genoemde "functionele" cookies om de vraag of ze feitelijk wel of niet noodzakelijk zijn.

c) Praktisch. Het elke keer handmatig verwijderen van tracking cookies is onredelijk belastend voor gebruikers, van wie bovendien redelijkerwijs niet verwacht kan worden dat zij er elke keer op tijd aan denken.

<sup>76</sup> Geconstateerd bij bezoek aan de site op 5 januari 2020.

<sup>77</sup> Als marketing/tracking-cookies worden in de uitgevouwde pop-up genoemd: "**Facebook**: Gegevens worden gebruikt om een reeks advertentieproducten te leveren van externe adverteerders. Dit maakt delen en liken via social share buttons mogelijk. **YouTube**: Klikgedrag, bekeken video's en aangepaste voorkeuren worden verzameld. Bezoekersinformatie en gebruikersgedrag wordt gebruikt voor advertenties. **Twitter**: Gegevens worden gebruikt om de bezoeker te identificeren op Twitter, waardoor er informatie gedeeld kan worden met anderen via Twitter. **Issuu**: Registreert het gebruik van ingeladen Issuu producten ter verbetering van andere Issuu [sic]"

**(19)** Cookies (of ze nu "noodzakelijk" genoemd worden of niet) moeten worden gezien als één van de pogingen van de tech-industrie om apparaten zoals *personal computers* (PC's) en telefoons te onttrekken aan het privé-domein van gebruikers en ze onder te brengen in het privé-domein van de eigenaren van de tech-industrie. Een vorm van roof dus, die vergelijkbaar is met de "enclosures" waarmee Engelse aristocraten enkele eeuwen geleden grondgebied van boeren roofden om die boeren er vervolgens tegen armzalige lonen op te laten werken, waarbij de aristocraten bijna de gehele opbrengst opstreken. Destijds ging het om landbouwproducten die deels werden omgezet in geld. Thans gaat het om *data-farming*, waarbij de data deels worden omgezet in geld.

Andere pogingen om PC's en andere *stand-alone*-apparaten te reduceren tot terminals van IT-systemen die in de macht zijn van grote tech-bedrijven en overheden, zijn bijvoorbeeld nieuwe versies van applicaties met markt-dominantie, zoals het *operating system* Windows en het tekstverwerkingspakket Office van Microsoft. In die nieuwe versies (eufemistisch "upgrades" genaamd), wordt welbewust een steeds grotere kwetsbaarheid en technische afhankelijkheid ingebouwd, waarvan de nadelige gevolgen alleen via frequente internet-communicatie met de leverancier kunnen worden ondervangen - waarbij die leverancier grote aantallen privé-gegevens van de gebruiker verzamelt. De gebruiker wordt gedwongen daarmee quasi-vrijwillig in te stemmen, op straffe van het verlies van de functionaliteit van de betreffende applicatie.<sup>78</sup>

Ondertussen proberen de tech-bedrijven om ook digitale geheugenruimte zoveel mogelijk weg te halen bij apparaten van privé-personen en het in plaats daarvan onder te brengen in "de cloud", waardoor privé-personen voor toegang tot hun bestanden direct afhankelijk worden van de tech-bedrijven. Als de IT- en data-machthebbers hun zin krijgen, zullen ook USB-sticks op een gegeven moment worden afgeschaft onder het mom van technische "vooruitgang" (lees: achteruitgang). Alleen hebben de data-machthebbers daarvoor nog geen geschikt excuus gevonden.

De zelfstandigheid van eindgebruikers van computers, telefoons en andere apparaten (bijv. *the internet of things*) wordt op deze manier door data-machthebbers doelbewust steeds verder afgebroken, door middel van zogenaamd "technische" ontwikkelingen, die in feite geen technische ontwikkelingen zijn, maar keuzes om bepaalde, geselecteerde technieken in te zetten ter onderwerping van de eindgebruikers - dat wil zeggen: ter onderwerping van de gehele bevolking.

Als de plannen van de data-machthebbers en hun dienaren doorgaan, zal er op een gegeven moment een kantelpunt (*tipping point*) worden bereikt, waarna de afhankelijkheid van mensen zo groot zal zijn geworden dat de data-machthebbers (ongeacht of ze formeel private of publieke functies vervullen) vrij spel hebben om tot volledige onderwerping en ontmenselijking van alle overige privé-individueen over te gaan. Het is aan de instanties en functionarissen van democratische rechtsstaten (voor zover die zich nog niet op verschillende manieren hebben laten inpakken door de data-machthebbers) om te voorkomen dat dat scenario bewaarheid wordt.

---

<sup>78</sup> Dit overkwam mij bijvoorbeeld in mei 2019 bij het opstellen van een beroepschrift in een andere zaak, zoals ik in dat beroepschrift heb vermeld (uw zaaknummer: ARN 19 / 2901). Plotseling sloot Microsoft mijn email-programma en mijn tekstverwerker af, en eiste mijn toestemming voor een zeer groot aantal tracking-maatregelen voordat ik de applicaties weer zou kunnen opstarten. Omdat ik mij niet op die manier wilde laten chanteren, heb ik toen andere oplossingen gezocht en gevonden.

**"Gerechtvaardigd belang" en artikel 6 lid 1 onder f) AVG**

**(20)** In paragraaf 3.5.1 (pag. 59) van dit beroepschrift heb ik de grote mate van subjectiviteit en culturele bepaaldheid besproken die aan de orde is bij percepties van wat er als "gerechtvaardigd" mag worden beschouwd. Hier zal ik mijn visie geven hoe er moet worden omgegaan met de begrippen "gerechtvaardigd", "gerechtvaardigde belangen" en nog vijf andere relevante kernbegrippen. Ik zal dat doen aan de hand van artikel 6 lid 1 onder f) AVG en de bijbehorende overweging (47) van de AVG, die ik voor dat doel eerst zal citeren.

**(21)** Artikel 6 lid 1, aanhef en onder f) AVG luidt:

1. De verwerking is alleen rechtmatig indien en voor zover aan ten minste een van de onderstaande voorwaarden is voldaan:

(...)

f) de verwerking is noodzakelijk voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde, behalve wanneer de belangen of de grondrechten en de fundamentele vrijheden van de betrokkene die tot bescherming van persoonsgegevens nopen, zwaarder wegen dan die belangen, met name wanneer de betrokkene een kind is. De eerste alinea [d.w.z. lid 1 van artikel 6 AVG], punt f), geldt niet voor de verwerking door overheidsinstanties in het kader van de uitoefening van hun taken.

**(22)** De bijbehorende overweging (47) van de AVG luidt [witregels en extra lettering tussen vierkante haakjes door mij toegevoegd met het oog op overzicht en verwijfsbaarheid:

[47 A] De gerechtvaardigde belangen van een verwerkingsverantwoordelijke, waaronder die van een verwerkingsverantwoordelijke aan wie de persoonsgegevens kunnen worden verstrekt, of van een derde, kan een rechtsgrond bieden voor verwerking, mits de belangen of de grondrechten en de fundamentele vrijheden van de betrokkene niet zwaarder wegen, rekening houdend met de redelijke verwachtingen van de betrokkene op basis van zijn verhouding met de verwerkingsverantwoordelijke. Een dergelijk gerechtvaardigd belang kan bijvoorbeeld aanwezig zijn wanneer sprake is van een relevante en passende verhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke, in situaties waarin de betrokkene een klant is of in dienst is van de verwerkingsverantwoordelijke. In elk geval is een zorgvuldige beoordeling geboden om te bepalen of sprake is van een gerechtvaardigd belang, alsook om te bepalen of een betrokkene op het tijdstip en in het kader van de verzameling van de persoonsgegevens redelijkerwijs mag verwachten dat verwerking met dat doel kan plaatsvinden. De belangen en de grondrechten van de betrokkene kunnen met name zwaarder wegen dan het belang van de verwerkingsverantwoordelijke wanneer persoonsgegevens worden verwerkt in omstandigheden waarin de betrokkenen redelijkerwijs geen verdere verwerking verwachten.

[47 B] Aangezien het aan de wetgever staat om de rechtsgrond voor persoonsgegevensverwerking door overheidsinstanties te creëren, mag die rechtsgrond niet van toepassing zijn op de verwerking door overheidsinstanties in het kader van de uitvoering van hun taken.

[47 C] De verwerking van persoonsgegevens die strikt noodzakelijk is voor fraudevoorkoming is ook een gerechtvaardigd belang van de verwerkingsverantwoordelijke in kwestie.

[47 D] De verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van direct marketing kan worden beschouwd als uitgevoerd met het oog op een gerechtvaardigd belang.

**(23)** Wat om te beginnen opvalt aan deze teksten uit de AVG, is hun vaagheid en multi-interpretabiliteit, ook in verhouding tot artikel 8 EVRM. In veel gevallen is lagere regelgeving specifiek en duidelijker dan hogere regelgeving. In dit geval niet. Artikel 8 lid 2 van het EVRM (een internationaal verdrag) is in combinatie met het beginsel van de "horizontale werking" specifiek dan artikel 6 lid 1 onder f) AVG (een EU-verordening), ook na het betrekken van overweging (47) AVG bij de beschouwing van artikel 6 lid 1 onder f) AVG.

Wat ik daarom ter verheldering zal doen, is het volgende.

- Eerst zal ik bespreken welke delen van overweging (47) van toepassing zijn op de huidige casus (de weigering van contante betaling door Focus Filmtheater en de website van Focus Filmtheater).
- Vervolgens zal ik de zeven kernbegrippen uit artikel 6 lid 1 onder f) en overweging (47) bespreken. Het gaat dan om de volgende begrippen: "**gerechtvaardigdheid**", "**gerechtvaardigd belang**", "**grondrechten**", "**fundamentele vrijheden**", "**redelijke verwachtingen**", "**passende verhouding**" en "**met name wanneer de betrokkene een kind is**".
- Daarbij zal ik verbanden tussen deze kernbegrippen leggen en daar conclusies uit trekken ten aanzien van de onderhavige casus.

**(24)** Ten aanzien van de verschillende delen van overweging (47) is het duidelijk dat alleen het eerste deel, [47 A] in de onderhavige casus van toepassing is. Ik zal onderbouwen waarom de overige delen niet van toepassing zijn.

Deel [47 B] heeft alleen betrekking op overheidsinstanties. Focus Filmtheater is geen overheidsinstantie.

Deel [47 C] heeft betrekking op fraudevoorkoming. Focus Filmtheater en de AP hebben niet aangevoerd dat de weigering van contante betaling of van het plaatsen van tracking-mechanismen op de website fraudepreventie tot doel zouden hebben.

Deel [47 D] heeft preventie op "direct-marketing". Focus Filmtheater en de AP hebben niet aangevoerd dat de weigering van contante betaling of van het plaatsen van tracking-mechanismen op de website de facilitering van "direct marketing" tot doel zou hebben. Een dergelijk doel zou overigens ook niet passen bij de hoedanigheid van Focus Filmtheater als een stichting zonder winstoogmerk. Ook zou het niet bij zo'n stichting passen om zich te lenen voor het faciliteren van "direct marketing" door de bijbehorende horeca-gelegenheid (Focus Eten & Drinken). Er is ook geen aanwijzing dat er sprake zou zijn van enige vorm van "direct marketing" met gebruikmaking van gegevens die door middel van pinbetaling of via de website zijn verzameld.

Op grond hiervan kan de bespreking van overweging (47) verder beperkt blijven tot deel [47 A], behalve waar deel [47 D] licht werpt op gebreken in de ratio achter artikel 6 lid 1 onder f) AVG.

**(25)** Gezien het doel van het EVRM en de AVG, namelijk de rechtsbescherming van natuurlijke personen op het gebied van hun privé-leven en hun persoonsgegevens, mag het begrip "gerechtvaardigheid" niet worden opgevat als een containerbegrip dat tot doel heeft om slechts één ding te rechtvaardigen, namelijk willekeur van verwerkingsverantwoordelijken en privacy-toezichthouders. Het moet gaan om een begrip dat, in materiële zin, een afbakening aanbrengt tussen enerzijds handelingen of situaties die wel voldoen aan bepaalde criteria, en anderzijds handelingen of situaties die aan die criteria niet voldoen. De vraag is alleen: om welke criteria gaat het? Om die vraag te beantwoorden, kijk ik eerst naar de andere zes genoemde kernbegrippen.

**(26)** Drie van die kernbegrippen lijken direct met elkaar te maken te hebben, namelijk "gerechtvaardigde belangen", "grondrechten" en "fundamentele vrijheden". Het zijn deze zaken die tegen elkaar moeten worden afgewogen. Op zich is het vreemd dat de AVG tot zo'n afweging oproept. Immers, in elke serieuze rechtsstaat is er een duidelijke hiërarchie tussen deze drie zaken. Eerste prioriteit krijgen grondrechten, zoals het recht op leven. Tweede prioriteit krijgen fundamentele vrijheden, zoals de vrijheid van meningsuiting. En derde prioriteit krijgen gerechtvaardigde belangen, zoals het belang bij het verdienen van geld, bijvoorbeeld met winstgevendende activiteiten zoals "direct marketing". In een rechtsstaat wegen de grondrechten en fundamentele vrijheden van mensen altijd zwaarder dan hun gerechtvaardigde belangen. De in de eerste zin van [47 A] met het woordje "mits" genoemde conditionaliteit verliest in dat licht zijn betekenis. Immers, als dat niet zo zou zijn, dan zou artikel 6 lid 1 onder f) AVG gericht zijn op het ontmantelen van (een fundamenteel kenmerk van) de rechtsstaat. Dat kan niet de bedoeling van de wetgever zijn, en zou bovendien in strijd zijn met het EVRM. Ook dat kan niet de bedoeling van de wetgever zijn. Maar wat kan dan wel diens bedoeling zijn?

**(27)** Een mogelijke sleutel tot de beantwoording van die vraag, die als eerste moet worden onderzocht, is de bijzin die op de "mits"-clausule volgt, namelijk: "...rekening houdend met de redelijke verwachtingen van de betrokkene op basis van zijn verhouding met de verwerkingsverantwoordelijke." Kennelijk is de wetgever van oordeel dat de verhouding van een betrokkene met een verwerkingsverantwoordelijke bij de betrokkene "redelijke verwachtingen" kan wekken die de verwerkingsverantwoordelijke kunnen ontheffen van zijn plicht om de grondrechten en fundamentele vrijheden van de betrokkene te respecteren. Dat is echter in strijd met de beginselen van de rechtsstaat. Immers, in een rechtsstaat kan de verhouding tussen particulieren geen afbreuk doen aan hun grondrechten of fundamentele vrijheden.<sup>79</sup>

Maar laat ik, voordat ik deze interpretatie van bovengenoemde bijzin afwijs op grond van strijdigheid met rechtstatelijke grondbeginselen, nog even kijken of er een situatie denkbaar is waarin die bijzin van toepassing zou zijn. Het beeld komt dan naar voren van een verwerkingsverantwoordelijke die tegen een betrokkene zegt: "Je hoeft van mij niet te verwachten dat ik jouw privacy respecteer." Daarmee creëert die verwerkingsverantwoordelijke een nieuwe verhouding tussen hemzelf en de betrokkene, namelijk een verhouding die wordt gekenmerkt door respectloosheid, het recht van de sterkste en dwang. Op grond van die verhouding krijgt de betrokkene dan een "redelijke verwachting" dat zijn privacy niet gerespecteerd zal worden, zodra de verwerkingsverantwoordelijke de feitelijke macht verwerft om die te schenden.

<sup>79</sup> De verhouding tussen een particuliere partij en een overheid kan in een rechtsstaat die overheid in sommige situaties wél ontheffen van zijn plicht de grondrechten of fundamentele vrijheden van een particulier te respecteren. Met betrekking tot privacy worden die situaties limitatief opgesomd in het tweede lid van artikel 8 EVRM.

Is dat de situatie die de Europese wetgever met artikel 6 lid 1 sub f) beoogt te legaliseren? Als dat zo was, zou Nederland onmiddellijk uit de EU moeten treden om zijn rechtstatelijkheid te kunnen behouden (of herstellen).

**(28)** Gelukkig biedt de eerstvolgende zin van [47 A] gedeeltelijk soelaas en trekt ons weer een klein beetje bij de afgrond van onrechtstatelijkheid vandaan. In die volgende zin wordt namelijk gesproken van een "passende" verhouding tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de betrokkene waarin er van een gerechtvaardigd belang sprake "kan" zijn. Hiermee wordt de werkingskracht van de "redelijke verwachting" van de betrokkene gebonden aan de voorwaarde dat die verwachting niet gebaseerd is op een verhouding van respectloosheid en illegale dwang, maar op een verhouding van wederzijds respect alsmede gezamenlijk respect voor de grondrechten en fundamentele vrijheden. Het woordje "bijvoorbeeld" baart hier nog wel een beetje zorgen (mag het dan ook een "niet-passende verhouding" zijn?), maar omdat er geen voorbeeld van overmacht en het recht van de sterkste wordt gegeven als legitimering van een inbreuk op de privacy, moeten we ervan uitgaan dat de wetgever louter en alleen heeft beoogd om in abstracto inclusief te zijn, maar niet om verwerkingsverantwoordelijken aan te zetten tot het uit eigenbelang schenden van grondrechten en fundamentele vrijheden.

**(29)** Vervolgens voegt de wetgever in een bijzin echter toch, op verontrustende wijze, een halve aanzet voor zo'n voorbeeld toe, door te de mogelijkheid van een gerechtvaardigd belang dat zwaarder weegt dan grondrechten en fundamentele vrijheden niet uit te sluiten "... in situaties waarin de betrokkene een klant is of in dienst is van de verwerkingsverantwoordelijke". Beoogt de wetgever hier te zeggen dat ik mijn grondrechten en fundamentele vrijheden rechtens kan verliezen als ik zo dom ben een winkel binnen te stappen, of zo roekeloos om een bioscoopkaartje aan te schaffen?

De AP is die laatste, absurde mening blijkens haar besluit op bezwaar overigens wel toegedaan, en dat is ook één van de redenen waarom ik bij uw rechtbank dit beroepschrift indien.

**(30)** Op dit punt gekomen, lijkt de wetgever zelf wat onzeker te worden en vervolgt: "In elk geval is een zorgvuldige beoordeling geboden om te bepalen of sprake is van een gerechtvaardigd belang, alsook om te bepalen of een betrokkene op het tijdstip en in het kader van de verzameling van de persoonsgegevens redelijkerwijs mag verwachten dat verwerking met dat doel kan plaatsvinden."

Ja, laten we vooral zorgvuldig zijn. Maar een echt zorgvuldige Europese wetgever had natuurlijk nooit twijfel laten ontstaan over zijn toewijding aan de rechtsstaat (*the rule of law*).

**(31)** Het woord "verwachten" roept op zichzelf al twijfel op. Gaat het om "verwachten" in de zin van "vermoeden dat iets feitelijk gaat gebeuren", of "vinden dat iets feitelijk zou mogen gebeuren", of "vinden dat iets feitelijk zou moeten gebeuren"?

Raadpleging van de originele, maatgevende Engelse tekst van dezelfde zin laat subtiele nuanceverschillen zien. In het Engels luidt de zin: "*At any rate the existence of a legitimate interest would need careful assessment including whether a data subject can reasonably expect at the time and in the context of the collection of the personal data that processing for that purpose may take place.*" [onderstrepingen van mij.]

Het woord "need" is op die plaats in de zin nadrukkelijker dan het iets laconiekere "is geboden" in de Nederlandse tekst (waarom niet: "is noodzakelijk"?). Het woord "can" is in het Nederlands vertaald met het "mag" (dat een iets grotere waarschijnlijkheid aanduidt), en het woord "may" is in het Nederlands vertaald met "kan" (dat een iets geringere waarschijnlijkheidsgraad aanduidt). Al met al suggereert de Nederlandse vertaling, meer dan het Engelse origineel, dat er waarschijnlijk wel eens sprake zal zijn van een gerechtvaardigd belang, terwijl de toon van de Engelse tekst eerder is dat het bestaan van zo'n belang niet op voorhand uit te sluiten valt, maar wel uitermate secuur beoordeeld moet worden indien iemand het betaan van zo'n belang poneert.

De Nederlandse bestuurscultuur staat inderdaad niet bekend om een bereidheid om de wet krachtig te handhaven, althans niet als er slechts sprake is van het belang van gewone mensen.

Hoe dat ook zij, het gebruikte woord "verwachten" biedt geen uitkomst. Want ofwel het heeft slechts een voorspellende betekenis, waardoor er een vrijbrief zou zijn voor willekeur en dwang bij de schending van privacy, zolang die schending door de verwerkingsverantwoordelijke maar aangekondigd wordt -wat niet in overeenstemming zou zijn met de grondbeginselen van de rechtsstaat. Ofwel het woord heeft (ook) een normatieve betekenis, maar in dat geval maakt de tekst van overweging (47) niet duidelijk welke norm er dan wordt gehanteerd.

**(32)** Het laatste kernbegrip dat in de wetsteksten naar voren komt, is "...met name wanneer de betrokkene een kind is". Dit roept de vraag op of de wetgever beoogt te zeggen dat onvrijwillige aantastingen van de privacy die in het geval van een kind niet toelaatbaar zijn, wel toelaatbaar zijn als het om een volwassene gaat. Dit roept de vraag op of de Europese wetgever bijvoorbeeld vindt dat het op een bepaalde manier dwingen van een zeventienjarige jonge vrouw tot seks minder toelaatbaar kan zijn dan het op precies dezelfde manier dwingen van een achttienjarige jonge vrouw tot seks? Oftewel, met andere woorden, dat het op die wijze dwingen van een achttienjarige jonge vrouw tot seks juist meer toelaatbaar kan zijn? Dat is een onzindelijke benadering.

Er lijkt op dit punt bij de Europese wetgever sprake te zijn van een fundamenteel onbegrip over wat menselijke kwetsbaarheid inhoudt. Het verschil tussen volwassenen en kinderen is niet dat volwassenen minder kwetsbaar zijn in hun privé-sfeer, maar dat volwassenen vaak beter in staat zijn om inbreuken op hun privé-sfeer te voorkomen (af te weren), en in sommige gevallen mentaal ook beter toegerust zijn om van zo'n inbreuk te herstellen. Wanneer de inbreuk plaatsvindt, is een volwassene echter net zo kwetsbaar als een kind. De inbreuk op zichzelf is in het geval van een volwassene dan ook even ernstig als bij een kind. Het verwarren van extra weerbaarheid en extra levenservaring (leidend tot extra relativeringsvermogen) met verminderde kwetsbaarheid, zoals de Europese wetgever lijkt te doen, leidt tot discriminatie - in dit geval: leeftijdsdiscriminatie.

Het gaat bij de eerbiediging van het privé-leven van mensen om normen en wetgeving die betrekking hebben op datgene wat geëerbiedigd moet worden, en niet om normen die betrekking hebben op de wijze waarop het te eerbiedigen domein toch een beetje geschonden mag worden. Het privé-leven van ieder mens moet ten volle geëerbiedigd worden, niet alleen dat van kinderen.

Ook de opmerking in artikel 6 lid 1 onder f) AVG over kinderen biedt geen materiële norm voor de wijze waarop een "gerechtvaardigd belang" gewogen moet worden ten opzichte van grondrechten en fundamentele vrijheden. Zo'n norm moet derhalve buiten het wetsartikel worden gezocht.

**(33)** De conclusie moet dan ook zijn dat artikel 6 lid 1 onder f) AVG, in combinatie met overweging (47) AVG, wel de theoretische mogelijkheid vaststelt van het bestaan van belangen die zwaarder zouden moeten wegen dan grondrechten en fundamentele vrijheden, maar dat dit wetsartikel niet duidelijk maakt in welke concrete situatie er daadwerkelijk sprake is van zo'n belang.

Daardoor levert artikel 6 lid 1 onder f) AVG in het thans voorliggende, concrete geval geen rechtvaardiging op voor de niet-vrijwillige verwerking van persoonsgegevens van bioscoopbezoekers die aan de balie van Focus Filmtheater willen betalen voor hun kaartje, of van mensen die de website van de bioscoop bezoeken zonder daar een bioscoopkaartje te kopen.

Artikel 6 lid 1 onder f) AVG moet beschouwd worden als een zeer ongelukkig wetsartikel dat veel misverstanden kan oproepen en in de praktijk makkelijk misbruikt kan worden als vrijbrief voor willekeur van verwerkingsverantwoordelijken en van toezichthouders zoals de AP. Maar de gebrekkige kwaliteit van dat wetsartikel is niet het onderwerp van de thans voorliggende zaak, en uw rechtbank hoeft over dat aspect dan ook geen uitspraak te doen.

**(34)** Nog steeds op zoek naar een duidelijk normenkader, komen we opnieuw terecht bij artikel 8 EVRM, dat in combinatie met het beginsel van horizontale werking wèl een materiële norm geeft voor afweging van (gerechtvaardigde of andere) belangen ten opzichte van grondrechten en fundamentele vrijheden. Artikel 8 lid 2 EVRM stelt expliciet dat er "geen" inmenging is toegestaan ten koste van het recht op de eerbiediging van ieders privé-leven, behalve in een aantal uitzonderingsgevallen die worden opgesomd in dat tweede artikellid.

Nu er in het geval van het aanschaffen van een bioscoopkaartje geen sprake is van één van die in artikel 8 lid 2 EVRM genoemde uitzonderingsgevallen, is de conclusie simpel: Focus Filmtheater heeft geen enkel "belang" (al dan niet "gerechtvaardigd") dat zwaarder zou moeten wegen dan mijn grondrecht op privacy.

Ook de verwerkers en subverwerkers van Focus Filmtheater hebben niet zulke belangen.

Daarnaast is er bij Focus Filmtheater ook geen sprake van een aangetoonde "noodzaak" voor een "welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd" doel, zoals bedoeld in artikel 5 lid 1 onder b) en c) AVG en artikel 5 lid 2 AVG.



***De onjuiste opvattingen van de AP inzake de toelaatbaarheid van tracking en cookies op de website van Focus Filmtheater***

**(35)** De AP beroept zich, in haar oordeel dat de verwerking van persoonsgegevens via de website van Focus Filmtheater door middel van tracking en cookies rechtmatig zou zijn en dat er dus niet gehandhaafd zou hoeven worden, op de wettelijke grondslag ex artikel 6 lid 1 onder f) AVG: "gerechtvaardigde belangen". Hiervoor, onder randnummers **(20)** t/m **(34)**, heb ik aangegeven hoe problematisch een serieuze beoordeling van deze wettelijke grondslag is op basis van de tekst van de wet. Het wetsartikel biedt geen aanknopingspunten voor een objectieverbaar oordeel. Dat maakt het risico groot dat het artikel wordt aangegrepen als een vrijbrief voor willekeur bij het verwerken van persoonsgegevens, en bij het afwegen van de betrokken belangen. Dat laatste is ook precies wat de AP doet, ten nadele van mij als burger die zijn privacy beschermd wil zien.

Ik wijs er nogmaals op dat ik alleen opkom tegen de privacy-onvriendelijkheid van de website, omdat mij de privacy-vriendelijke mogelijkheid van contante betaling aan de balie is ontnomen. Als uw rechtbank oordeelt dat die mogelijkheid weer moet worden hersteld, dan heb ik minder last van het gespioneer van Google via de website, en hoop ik daar weinig energie meer aan te hoeven besteden.

**(36)** Onder randnummer [41] van het besluit op bezwaar erkent de AP dat er bij het bezoeken van de website persoonsgegevens worden verwerkt. Als het gaat om mijn IP-adres, heb ik er bij het bezoek van de website op zich geen bezwaar tegen dat Focus Filmtheater zelf, evenals de website-beheerder Eagerly, kennisneemt van mijn IP-adres en dat tijdens de duur van mijn bezoek op enige wijze registreert in een tijdelijk digitaal geheugen. Maar na afloop van mijn bezoek moet dat gewoon weer worden gewist. Dit is vergelijkbaar met het "recht om vergeten te worden", zoals dat met juridische middelen is afgedwongen bij o.a. Google.

Waar ik wel bezwaar tegen heb, is als mijn IP-adres tevens doorgestuurd wordt naar Google, een bedrijf dat zichzelf het recht heeft toegekend gegevens te delen met "partners" en filialen in ongeveer honderd landen in de wereld. Dat is niet nodig, en Focus en Eagerly hebben ook geen gerechtvaardigd belang om dat persoonsgegeven met Google te delen. De algemene voorwaarden van Google leveren voor Focus en Eagerly geen gerechtvaardigd belang op voor de verwerking van mijn persoonsgegevens. Integendeel, als Google die gegevens opeist in zijn algemene voorwaarden, zou dat voor Focus en Eagerly een reden moeten zijn om niet met Google in zee te gaan, gezien hun verplichting om mijn persoonsgegevens adequaat te beschermen.

Ik begrijp best dat Google oppermachtig is in website-land, maar dat is juist waar ik op wil wijzen: dit is een kwestie van macht, niet van recht. Als onderdeel van de EU heeft Nederland, en daarmee ook de Nederlandse toezichthouder AP, de mogelijkheid om dit machtsmisbruik van Google een halt toe te roepen. Daartoe is de AP op grond van het EVRM ook verplicht. Het recht moet worden hersteld, en de macht moet worden beteugeld voorzover die wordt gebruikt om het privé-leven van Europese burgers zonder noodzaak aan te tasten.

Focus heeft ook niet duidelijk gemaakt op welke wijze het registreren van mijn IP-adres (bij Focus zelf, bij Eagerly of bij Google) bijdraagt aan de doelstelling van het "verzorgen en verbeteren van de website". Wat wordt er met mijn IP-adres precies gedaan? Zonder duidelijkheid daarover is er niet voldaan aan de verantwoordingsplicht in artikel 5 lid 2 AVG.

Focus stelt dat "gegevens" (waaronder IP-adressen) 14 maanden worden bewaard omdat "dit het minimum [is] in Google Analytics". Dat is geen legitieme reden. De AVG vermeldt niets over enig wens van Google als wettelijke grondslag voor enige verwerking. Ook het "opslaan" van gegevens valt onder de definitie van verwerking (art. 4. lid 2) AVG). Ook voor wat betreft dit aspect is er op deze manier niet voldaan aan de verantwoordingsplicht in artikel 5 lid 2 AVG.

De AP stelt dat mijn AP-adres niet in zijn geheel bij Google terecht komt, omdat het deels onherkenbaar wordt gemaakt door middel van "IP-masking", waarbij de laatste drie cijfers van een twaalfcijferig IP-adres worden "verwijderd of gemaskeerd". Volgens de AP gebeurt dat voordat het adres naar Google gaat, maar ik vind daarvoor geen onderbouwing in de documenten die de AP mij heeft toegestuurd. Beschikt de AP nog over andere documenten? En zo ja, waarom heeft de AP mij die dan niet toegestuurd, ondanks mijn Wob-verzoek, en ze ook niet bij het besluit op bezwaar gevoegd?

Bovendien is een dergelijke IP-masking niet voldoende om een IP-adres voor Google te anonimiseren, gezien de enorme hoeveelheid data waarover Google beschikt. Er blijft nog steeds een negencijferig nummer over, dat door Google geautomatiseerd vergeleken kan worden met talloze andere "gemaskeerde" IP-adressen, locatiegegevens, en andere gegevens waaruit door middel van profilering een uniek web-gebruikspatroon en leefpatroon kan worden afgeleid.

**(37)** Behalve mijn IP-adres, worden er ook persoonsgegevens met betrekking tot mijn zoekgedrag op de website verwerkt, door middel van analytische cookies van Google Analytics. De AP geeft onder randnummer [42] van het besluit op bezwaar de criteria ("in de bewoordeingen van het Hof van Justitie"<sup>80</sup>) die zij bij haar beoordeling zegt te hanteren:

Er worden (...) drie cumulatieve voorwaarden gesteld waaraan moet zijn voldaan opdat een verwerking van persoonsgegevens [op grond van artikel 6 lid 1 onder f) AVG] rechtmatig is. In de eerste plaats: de behartiging van een gerechtvaardigd belang van de voor de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde. In de tweede plaats: de noodzaak van de verwerking van de persoonsgegevens voor de behartiging van het gerechtvaardigd belang. En in de derde plaats: de voorwaarde dat de fundamentele rechten en vrijheden van de bij de gegevensverwerking betrokken persoon niet prevaleren. Aan alle drie de eisen afzonderlijk moet worden voldaan.

1. De eerste voorwaarde is of het een *gerechtvaardigd belang* betreft van de verwerkingsverantwoordelijke of van de derde(n) aan wie de gegevens worden verstrekt. Een gerechtvaardigd belang moet *rechtmatig* zijn verwoord (voldoende specifiek) om de afweging uit te kunnen voeren met de belangen en de fundamentele rechten van de betrokkene en werkelijk een aanwezig *belang* vertegenwoordigen (niet speculatief). Deze belangen moeten in (algemene) wetgeving of elders in het recht zijn benoemd als rechtsbelang. Een belang dat ook in rechte beschermd wordt, dat beschermingswaardig wordt geacht en dat in beginsel gerespecteerd moet worden en 'afgedwongen' kan worden.

2. Betreft het een gerechtvaardigd belang, dan wordt vervolgens beoordeeld of de verwerking van de persoonsgegevens *noodzakelijk* is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang waarbij tevens wordt getoetst aan de proportionaliteit en

---

<sup>80</sup> Arrest van het Europese Hof van 4 mei 2017, zaak C-13/16 (ECLI:EU:C:2017:336)

subsidiariteit: is de inbreuk voor betrokkene in verhouding tot het met de verwerking te dienen doel? En kan het doel niet op een voor de betrokkene minder nadelige wijze worden verwezenlijkt?

3. Vervolgens geldt als derde cumulatieve voorwaarde dat de fundamentele rechten en vrijheden van de bij de gegevensverwerking betrokken persoon of personen niet prevaleren. In dat kader vindt een *afweging* plaats tussen de belangen van de verantwoordelijke en de betrokkene. Bij die afweging worden mede betrokken de gevolgen voor de betrokkene alsmede de (aanvullende) waarborgen die de verantwoordelijke heeft getroffen ter voorkoming en beperking van de ongewenste gevolgen voor betrokkenen.

**(38)** Vervolgens geeft de AP weer hoe zij dit zeer abstracte beoordelingskader hanteert. Onder randnummer [43] van het besluit op bezwaar schrijft de AP over het **gerechtvaardigd belang**:

*Het gerechtvaardigd belang van Focus Filmtheater is het verbeteren en verzorgen van de website, zoals te vinden is in artikel 11.7a, derde lid, onder b, van de Telecommunicatiewet.*

Dit is op zichzelf, in zijn algemeenheid, inderdaad een gerechtvaardigd belang. Maar zonder concretisering ervan wordt niet duidelijk welke maatregelen het nastreven van dit belang nodig maakt.

**(39)** Vervolgens geeft de AP onder randnummers [44] t/m [47] van het besluit op bezwaar aan hoe zij de **noodzakelijkheid** heeft getoetst. Maar, zoals steeds, reduceert de AP hier het noodzakelijkheids criterium tot een afgeleide van een proportionaliteitscriterium en een subsidiariteitscriterium. Dat is onjuist, zoals ik in dit beroepschrift eerder heb betoogd in paragraaf 2.3.1, randnr. **(9)** (pag. 10) en paragraaf 3.3.1, randnr. **(14)** (pag. 53) van dit beroepschrift - zie aldaar.

**(40)** Vervolgens reduceert de AP onder randnummer [45] het proportionaliteitscriterium tot het criterium of er voldoende waarborgen zijn ter beveiliging van de verwerkte persoonsgegevens. Daarmee ontwijkt de AP de vraag naar de materiële proportionaliteit van de verwerking (ook later, bij de belangenafweging onder randnrs. [48] t/m [50] zal de AP die vraag niet adresseren).

Na deze verdere reductie constateert de AP er een waarborg bestaat in de vorm van het eerder genoemde "IP-masking", waarbij de laatste drie cijfers van een twaalfcijferig IP-adres worden "verwijderd of gemaskeerd". Zoals ik hiervoor onder randnummer **(36)** al heb aangevoerd, biedt dit in het geval van een bedrijf als Google geen adequate waarborg. Maar ook als het wel een adequate waarborg had geboden, dan nog had die waarborg niets gezegd over de noodzakelijkheid van de gegevensverwerking. *Als ik jou jouw kristallen vaas afpak, maar die vaas ook veilig bewaar in een stevige vitrine, heb ik dan daarmee de noodzaak aangetoond om die vaas van jou af te pakken? Nee natuurlijk.* De AP weigert de onlogica van haar redenering onder ogen te zien.

**(41)** Vervolgens stelt de AP onder randnummer [47] met betrekking tot **subsidiariteit** dat, omdat de verwerking van een IP-adres inherent is aan het bezoeken van een website, er ook geen alternatief is voor het delen van dat IP-adres met een bedrijf (Google) dat zich de vrijheid voorbehoudt om dat adres (al dan licht "gemaskeerd") te delen met andere organisaties in alle landen ter wereld. Daarvoor is echter wel degelijk een privacy-vriendelijker alternatief, namelijk alleen in zee gaan met subverwerkers waarvan vast staat, en die ook in een verwerkers-overeenkomst toezeggen, dat ze de persoonsgegevens niet zullen exporteren uit de EU. Op die

manier kan Focus Filmtheater ervoor zorgen dat de persoonsgegevens beschermd blijven door het EVRM en de AVG. Nu Focus dat niet heeft gedaan, is er niet aangetoond dat er is voldaan aan het subsidiariteitsbeginsel, terwijl dat wel vereist is op grond van artikel 5 lid 2 AVG.

Dat vindt de AP ten onrechte niet van belang. In plaats daarvan stelt de AP zich ermee tevreden dat het in haar eigen ogen, op geheel subjectieve gronden, "aannemelijk" is dat het doel waarvoor de persoonsgegevens worden verwerkt in dit geval niet op een minder nadelige wijze kan worden verwezenlijkt. Tja, als de AP geen alternatief wil zien, dan bestaat er volgens de AP ook geen alternatief. Het zoveelste gevalletje "wegkijken" van de AP.

De vraag is nu of uw rechtbank gezellig met de AP mee gaat wegstippen.

**(42)** Dan komt de AP onder randnummers [48] en [49] aan de derde algemene voorwaarde die het Europese Hof van Justitie had verwoord, namelijk een **afweging van belangen**. Maar ook in deze zogenaamde "belangenafweging" richt de AP zich weer alleen op vermeende waarborgen ter beveiliging van de via de website verzamelde persoonsgegevens, en komt niet toe aan een werkelijke belangenafweging.

In een werkelijke belangenafweging zou mijn belang bij (rechts)zekerheid ten aanzien van mijn privacy nu en in de toekomst (in het licht van algemene voorwaarden en de oncontroleerbaarheid van Google) worden afgewogen tegen het belang van Focus Filmtheater om van elk van de bezoekers van de website het zoekgedrag en andere persoonsgegevens te (laten) verwerken door een Amerikaanse firma met een slecht track-record op het gebied van privacy.

Kan Focus bijvoorbeeld niet volstaan met een steekproef uit bezoekers voor de site die vrijwillig hebben ingestemd met deelname daaraan? Zou daarmee niet beter voldaan worden aan de belangen van bezoekers, terwijl het voor Focus mogelijk zou blijven om de website op basis van de gegevens van de deelnemers te "verzorgen en verbeteren"? Die vraag is door de AP niet onderzocht en niet beantwoord.

De AP voert bij deze pseudo-"belangenafweging" onder randnummer [49] wel een volgende zogenaamde "waarborg" op. Die zou geboden worden door het feit dat Focus Filmtheater aan de AP heeft meegedeeld dat er "stappen zijn ondernomen" om gebruik te maken van de "Handleiding privacyvriendelijk instellen van Google Analytics" die op de website van de AP te vinden is. Dat is geen waarborg, dat is boterzacht. Later, onder randnummer [53], voegt de AP daaraan toe (na wat telefoontjes met Focus en/of Google tijdens de driemaal verlengde besluittermijn??) dat er door de stappen van die handleiding toe te passen, er een zogenaamd "amendement" op de algemene voorwaarden in de overeenkomst met Google tot stand zou zijn gekomen. De AP schrijft daarover:

*Dit betekent dat een beperking is aangebracht op de algemene voorwaarden in de overeenkomst met Google, die daarmee niet meer alle gegevens op de daarin aangegeven mag verwerken.*

De AP voegt bij zijn besluit op bezwaar echter niet de algemene voorwaarden van Google zoals die er na dit vermeende amendement uit komen te zien. Is het amendement juridisch bindend voor Google, of niet? Waar blijkt dat uit? Op deze manier stelt de AP mij niet in staat deze bewering van de AP te toetsen. Er is hier dus sprake van een motiveringsgebrek in het besluit op bezwaar.

Nog los van de door de AP niet beantwoorde vraag wanneer Focus die stappen met die handleiding dan zou hebben ondernomen (mijn handhavingsverzoek dateert van 17 augustus 2018, en de handleiding van de AP van 15 augustus 2018), maakt de uitvoering van de aanwijzingen in die handleiding Google nog niet tot een betrouwbare subverwerker - getuige mijn bevindingen op dat punt zoals beschreven in paragraaf 3.5.2 onder randnummers **(9)** t/m **(13)** (pp. 64-70) van dit beroepschrift.

Overigens "adviseert" de AP in die handleiding de mogelijkheid voor websites om aan bezoekers een "opt-out" te bieden ten aanzien van Google Analytics<sup>81</sup>. In haar besluit op bezwaar onderbouwt de AP op geen enkele wijze waarom Focus Filmtheater mij als bezoeker niet een dergelijke opt-out had kunnen bieden of zou kunnen bieden.

**(43)** De AP beweert aan het eind van deze pseudo-"belangenafweging" op misleidende wijze nog iets over cookies:

*Ook wordt de bezoeker bij het openen van de website van Focus Filmtheater geattendeerd op het gebruik van cookies, met een opt-in. De bezoekers kunnen dus zelf toestemming geven. Geven zij dat niet, dan worden deze cookies niet verwerkt. [ik hoop dat de AP hier abusievelijk "niet verwerkt" schrijft, maar bedoelt: "niet geplaatst.]*

Zoals ik al eerder heb aangegeven (onder randnummer **(18)** (pag. 79) van deze paragraaf), krijgt de bezoeker ten aanzien van de zogenoemde "functionele" cookies waarmee eveneens persoonsgegevens worden verzameld (voorafgaand aan de beweerde anonimisering of gedeeltelijke "maskering"), geen kans om deze te weigeren als hij toegang wil krijgen tot de website.

Onder randnummer [51] van het besluit op bezwaar spreekt de AP opeens ook van "anoniem analytische cookies", waarbij niet duidelijk wordt op welke wijze, door welk bedrijf (Google?) en in welke fase van het verwerkingsproces de met die cookies verzamelde persoonsgegevens worden geanonimiseerd of (gedeeltelijk?) "gemaskeerd".

Onder randnummer [52] stelt de AP dat, toen zij de website van Focus Filmtheater "bekeek", er "niet gebleken is" dat er daar sprake is van tracking cookies. Dat is vreemd, want die tracking cookies worden eerder in het besluit op bezwaar (randnummer [51]) door de AP zelf genoemd. Mogelijk doelt de AP onder randnummer [52] alleen op tracking cookies die zonder toestemming van de bezoeker worden geplaatst, en die er volgens de AP niet zouden zijn.

Wat daar ook van zij, door alleen naar een website te "kijken" (dat heb ik zelf ook gedaan), kan de AP er niet achter komen of de cookies die, blijkens de pop-up, door Focus zonder toestemming van de bezoeker worden geplaatst, in de praktijk tracking cookies zijn of niet. De AP neemt slechts aan dat dat niet het geval is, ondanks het feit dat de tekst in de pop-up daarover geen uitkomst biedt.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Bron: Autoriteit Persoonsgegevens - *Handleiding privacyvriendelijk instellen van Google Analytics* (15 augustus 2018), pag. 6.

<sup>82</sup> Zie paragraaf 3.5.3 onder randnummer (18) (pag. 79) van dit beroepschrift.

### 3.5.4 Misbruik van het idee van "proportionaliteit" als afleidingsmanoeuvre; conclusie

(1) In haar besluit op bezwaar hanteert de AP een bepaald denkkader, een in de vorm van formele termen opgetuigd stramien, dat zij over de werkelijkheid heenlegt. Dit stramien is zo in elkaar gezet dat het :

- suggereert, in statige bewoordingen, dat er een serieuze toetsing en beoordeling plaatsvindt van de aard, reikwijdte, noodzaak, subsidiariteit en proportionaliteit van een bepaalde verwerking van persoonsgegevens;
- onherroepelijk leidt tot de uitkomst dat allerlei (maatregelen die leiden tot) feitelijk onnodige gegevensverwerking die plaatsvindt zonder toestemming de betrokkene, toch toelaatbaar is - zodat de AP niet hoeft te handhaven;
- bevordert dat digitale, relatief privacy-onvriendelijke vormen van communicatie (bijv. communicatie en betaling via internet) toelaatbaar geacht worden, waardoor privacy-vriendelijkere, analoge vormen van communicatie (bijv. contante betaling) kunnen worden achtergesteld en uiteindelijk geëlimineerd. De AP zegt dan: "Digitalisering is een gegeven", zonder verantwoordelijkheid te nemen voor haar eigen keuze om digitalisering te bevorderen in situaties waarin dat tot vermindering van privacy leidt.

(2) In dit beroepschrift heb ik proberen te laten zien dat de werkelijkheid met betrekking tot het privé-leven van mensen, wanneer die niet toegedekt wordt met dat kunstmatige stramien van de AP, er heel anders uitziet dan de AP met haar statige bewoordingen probeert te doen voorkomen.

- In paragraaf 2 heb ik dat proberen te laten zien door met een vrije blik naar de actuele situatie en ontwikkelingen te kijken en die vanuit dat perspectief te beschrijven;
- In paragraaf 3 heb ik het proberen te laten zien in reactie op de argumenten die de AP in haar besluit op bezwaar naar voren bracht. Daarbij heb ik een verbinding proberen te leggen tussen de onderliggende werkelijkheid en het juridiserende denkkader dat van die werkelijkheid losgezongen dreigt te raken. Mijn doel daarbij is ook dat uw rechtbank, of anders een hogere rechter, ziet dat het juridische systeem (wet- en regelgeving en jurisprudentie) zich weer meer moet gaan verbinden met de onderliggende werkelijkheid, om zijn relevantie voor het leven van mensen te behouden, en daarmee ook zijn legitimiteit en effectiviteit te behouden. Dat kan de rechter dan weer aan de AP overbrengen.

(3) Als die verbinding er niet meer is, kan er vanuit het juridische systeem ook geen betekenisvol oordeel meer worden gegeven over de proportionaliteit van maatregelen die in de onderliggende werkelijkheid worden getroffen - bijvoorbeeld ten aanzien van (het elimineren van alternatieven voor) de verwerking van persoonsgegevens.

(4) De AP noemt in haar besluit op bezwaar herhaaldelijk "proportionaliteit" alsof dat voor haar een belangrijk criterium zou zijn. Twee dingen vallen in dat verband op:

- Ondanks haar schijnbare aandacht voor "proportionaliteit" weigert de AP een onderbouwing op materiële gronden te geven van haar proportionaliteitsoordeel. In plaats daarvan zet de AP de termen "proportioneel" en "redelijk" op een retorische wijze in, zonder die adequaat te verbinden met materiële omstandigheden in de werkelijkheid.
- In de AVG komt de term "proportionaliteit" voor zover ik kan zien, niet voor. Hij staat in ieder geval niet in het trefwoordenregister van de *Tekstuitgave Privacyverordening & UAVG*.

Wat wèl in de AVG voorkomt, zijn de termen "minimale gegevensverwerking" en "gegevensminimalisatie".

Ik zie dit als een aanwijzing dat de AP de toepassing van de AVG uit het lood probeert te wringen ten opzichte van het doel van de AVG, door het in de AVG centraal staande doel van gegevensminimalisatie te vervangen door een niet op de AVG gebaseerd idee van een door de AP subjectief invulbare "proportionaliteit" - waarmee handhavingsverzoeken kunnen worden afgehouden. Wellicht doet de AP dat om meer verbinding te ervaren met bestuurders en lobbygroepen die er belang bij menen te hebben dat de AVG m.b.t. analoge privacy niet al te precies wordt nageleefd.

**(5)** Materieel gezien is het in ieder geval niet proportioneel om van het grondrecht op privacy bij toonbanktransacties, dat sinds jaar en dag gerespecteerd werd in de vorm van de mogelijkheid van contante betaling, af te schaffen omwille van de honorering van een subjectieve, niet onderbouwde perceptie over een nieuw belang bij "veiligheid van medewerkers".

**(6)** Ook is het niet consequent als de AP enerzijds het uitgangspunt hanteert dat "digitalisering een gegeven is" en analoge "alternatieven", in casu contante betaling, daarom buiten beschouwing mogen blijven en afgeschaft mogen worden, maar anderzijds, als ik erop wijs dat een digitale betaalmogelijkheid (kopen via een webshop) onnodig privacy-onvriendelijk is, te zeggen dat ik, als ik dat vind, toch vrij ben om te kiezen voor een onnodig omslachtige en onzekere variant van de afgeschafte, privacy-vriendelijke, analoge betaalmethode, in de vorm van elders aan te schaffen bioscoopbonnen.

Op deze manier behandelt de AP werkelijk privacy-vriendelijke processen als sterfhuisconstructies, die in de ogen van de AP vervangen zouden moeten worden door digitale quasi-privacy.

**(7)** Voorts negeert de AP de sterke aanwijzingen dat er ten tijde van mijn handhavingsverzoek sprake was van incompetentie en het ontbreken van adequate controle van de kant van Focus Filmtheater ten aanzien van privacy in relatie tot de website. In plaats van in haar primaire besluit of besluit op bezwaar dat te benoemen en aan te geven of, en zo ja wanneer en op welke wijze, er op dat punt inmiddels verbetering is ingetreden, en op wiens initiatief (heeft de AP Focus "gepord", of heeft Focus "helemaal uit zichzelf" maatregelen genomen?), zwijgt de AP daarover en werkt zo mee aan het toedekken (een *cover-up*) van de situatie bij het management van het filmtheater. Heeft Focus na mijn handhavingsverzoek een DPO (data protection officer) ingehuurd om helderheid te krijgen over de eigen omgang met privacy, en inzicht in de waarborgen met betrekking tot de zeven (sub-)verwerkers in vijf landen? De AP zwijgt erover.

**(8)** De hierboven onder randnummers **(1)** t/m **(7)** samengevatte benadering van de AP is niet in overeenstemming met het doel van geldende regelgeving ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer, inclusief persoonsgegevens. Materieel gezien wordt de betekenis van contant geld voor de privacy op deze manier door de AP niet onderkend, maar genegeerd.

**(9)** Met het oog op dit laatste geef ik uw rechtbank in overweging om inzake de juridische aspecten van contant geld, zoals geschetst in paragraaf 2.3.4. van dit beroepschrift, prejudiciële vragen te stellen aan een hogere rechterlijke instantie. Ik zou het verwelkomen als u deskundigen, zoals de auteur van het door mij aangehaalde boek over dit onderwerp, om advies zou willen vragen.

## **4 Reactie op de argumenten in de uitspraak van de rechtbank**

### **4.1 Weergave standpunten**

De rechtbank vat in paragraaf 1 van zijn uitspraak summier de standpunten van eiser (ik) en verweerder (de AP) samen. Deze samenvatting is zo summier, dat die, gezien op zichzelf, geen recht doet aan het door mij gevoerde betoog. Dat hoeft geen probleem te zijn, als de rechtbank in zijn overwegingen vervolgens wel rekening zou hebben gehouden met de door mij naar voren gebrachte beroepsgronden. Dat is echter onvoldoende gebeurd.

Ik wil uw Afdeling daarom verwijzen naar de paragrafen 2 en 3 van mijn beroepschrift, die ik integraal heb gekopieerd naar de paragrafen 2 en 3 van dit hoger beroepschrift.

Daarnaast wil ik uw Afdeling erop wijzen dat de ter zitting van de rechtbank gewisselde argumenten woord voor woord kunnen worden gevolgd dankzij een van die zitting gemaakte video-opname, die online staat. U kunt die opname vinden via de volgende link:

<https://potkaars.nl/blog/2022/2/11/war-on-cash-rechtszaak-contante-betalingen-michiel-jonker-ap>

### **4.2 De feiten van de zaak - de rechtbank beperkt zich tot een veel te kleine selectie daarvan**

Vervolgens vat de rechtbank in paragrafen 3.1 en 3.2 van zijn uitspraak enkele feiten samen met betrekking tot welke persoonsgegevens er door de bioscoop worden verwerkt wanneer een bezoeker een toegangsbewijs aanschaft - ofwel aan de balie, ofwel via de website van de bioscoop.

Dit zijn lang niet alle relevante feiten voor de zaak. De rechtbank maakt slechts een minieme selectie daaruit en impliceert daarmee dat alle andere feiten niet relevant zouden zijn.

Dit is mijns inziens een onjuiste opvatting. Voor een bespreking van alle relevante feiten verwijs ik uw Afdeling opnieuw naar paragrafen 2 en 3 van mijn beroepschrift, die tevens paragrafen 2 en 3 van dit hoger beroepschrift zijn.

### **4.3 Het door de rechtbank gehanteerde toetsingskader**

In paragrafen 2 en 3.3 t/m 3.5 geeft de rechtbank het toetsingskader weer waarmee de rechtbank mijn beroep meende te moeten en zullen beoordelen. Dit roept twee vragen op:

- (a) Heeft de rechtbank gekozen voor het juiste toetsingskader, hetgeen ook wil zeggen: een toetsingskader waarin geen relevante toetsingscriteria ontbreken?
- (b) Heeft de rechtbank het gekozen toetsingskader vervolgens ook daadwerkelijk gevolgd?

Op vraag (b) zal ik ingaan in volgende paragrafen waarin ik de inhoudelijke afwegingen van de rechtbank in deze concrete zaak zal bespreken. In deze paragraaf zal ik ingaan op vraag (a)



## Ad (a) Heeft de rechtbank gekozen voor het juiste toetsingskader?

In paragraaf 2 van de uitspraak schrijft de rechtbank:

2. De rechtbank toetst of verweerder [de toezichthouder AP] heeft kunnen concluderen dat de AVG door [de bioscoop - de bioscoop] niet wordt overtreden. Indien dat het geval is dan is verweerder niet bevoegd om handhavend op te treden. (...)

De rechtbank zal hieronder allereerst het beroep beoordelen voor zover dat is gericht tegen de verwerking van persoonsgegevens bij pinbetalingen voor de aanschaf van een bioscoopkaartje aan de kassa of een consumptie in de horecagelegenheid en iDeal-betalingen bij de aanschaf van een bioscoopkaartje via de website van [de bioscoop] (pin- en iDeal-betalingen). Daarna zal de rechtbank het beroep beoordelen voor zover dat is gericht tegen de verwerking van persoonsgegevens bij een bezoek van de website van [de bioscoop] (bezoek van de website).

In dit toetsingskader ontbreekt een (rechtstreekse) toetsing van het besluit van de AP aan artikel 8 EVRM, ondanks het feit dat ik daar in paragraaf 2.6 van mijn beroepschrift nadrukkelijk aandacht voor had gevraagd. Zie paragraaf 2.6 en tevens paragraaf 5.1 van dit hoger beroepschrift.

Ook valt op dat de rechtbank hier de basis legt voor een grote nadruk op de beoordeling van de gang van zaken op de website van de bioscoop, terwijl ik ter zitting van de rechtbank expliciet heb aangegeven dat als mij de mogelijkheid was geboden om aan de kassa (de balie) met contant geld te betalen, ik geen handhavingsverzoek bij de AP zou hebben ingediend, ongeacht welke gegevens er bij een bezoek aan de website worden verwerkt en op welke wijze. Het gaat mij er met het handhavingsverzoek immers om dat voor mij een mogelijkheid behouden blijft om zonder onredelijke moeite met privacy de bioscoop te bezoeken en op die manier maatschappelijk te participeren. Op zich heb ik er geen bezwaar tegen als er daarnaast een extra mogelijkheid bestaat om via de website bioscoopkaartjes aan te schaffen - zolang die mogelijkheid de privacy-vriendelijke methode maar niet in de weg staat of verdringt.

De rechtbank hervat zijn beschrijving van het toetsingskader in paragraaf 3.3, maar dan zonder dit daar expliciet te vermelden. De rechtbank schrijft:

3.3 De rechtbank is van oordeel dat er sprake is van een overeenkomst. Bij aanschaf van een bioscoopkaartje aan de kassa of via de website en de aanschaf van een consumptie in het horecabedrijf komt tussen [de bioscoop] en de bezoeker een overeenkomst tot stand. Dat het, zoals eiser stelt, bij [de bioscoop] gaat om een door de overheid gesubsidieerde instelling, heeft niet tot gevolg dat er daarom geen overeenkomst tot stand zou komen.

De rechtbank verzuimt hier te onderbouwen waarom hij van oordeel is dat er sprake is van een overeenkomst (een contract). Vermoedelijk gaat de rechtbank hier, conform de eerder genoemde uitspraken van uw Afdeling op 10 november 2021, uit van de definitie van een contract in het Nederlandse civiele recht, maar verzuimt te onderzoeken of het overnemen van die interpretatie als het gaat om de vraag of er sprake is van een contract in de zin van artikel 6 AVG, wellicht tot strijd leidt met artikel 8, tweede lid van het EVRM - zie paragraaf 5.1 van dit hoger beroepschrift.

Met zijn oordeel dat er sprake is van een contract, versmalt de rechtbank zijn eigen toetsingskader in deze zaak tot de toetsing van de enkele vraag of het door de rechtbank vermeende bestaan van een dergelijk contract in de zin van artikel 6 lid 1 onder b) AVG de onvrijwillige verwerking van persoonsgegevens op enige wijze legaliseert.

Op deze wijze gaat de rechtbank ten onrechte voorbij aan de toetsing van de zaak ten behoeve van de beantwoording van twee kernvragen, namelijk:

- of de onvrijwillige verwerking van persoonsgegevens bij de aanschaf van een bioscoopkaartje "noodzakelijk is in een democratische samenleving" (artikel 8 lid 2 EVRM)
- of een door een machtige partij eenzijdig aan een burger opgelegd contract voldoet aan de criteria van de AVG. De AVG maakt een onderscheid tussen enerzijds "(formeel) instemming" van een betrokkene en "ondubbelzinnige, vrijwillige instemming" van een betrokkene. Dit belangrijke onderscheid is inmiddels ook bevestigd in allerlei jurisprudentie. Bijvoorbeeld rechterlijke uitspraken waarin is vastgelegd dat het stilzwijgend accepteren van een default aangevinkt hokje niet voldoende is om te kunnen concluderen dat er sprake is van vrijwillige instemming met een bepaalde verwerking van persoonsgegevens.

Het idee dat een "overeenkomst" tussen twee partijen tegen de zin van één der beide partijen tot stand zou kunnen komen, dus ondanks een wilsgebrek, druist in tegen de bedoeling van de AVG, ook los van het vereiste dat de AVG geïnterpreteerd wordt conform artikel 8 lid 2 EVRM. Ik heb deze problematiek geanalyseerd in de motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn hoger beroep m.b.t. privacy-discriminatie en de "anonieme OV-chipkaart", waarin uw Afdeling op 10 november 2021 uitspraak heeft gedaan (ECLI:NL:RVS:2021:2509). Ik had die motivering als bijlage ook gevoegd bij mijn beroepschrift in de onderhavige zaak. Het had derhalve op de weg van de rechtbank gelegen om zijn toetsingskader voldoende breed te maken om mijn argumentatie op dat punt in overweging te kunnen nemen. Ten onrechte heeft de rechtbank verzuimd dat te doen.

Dat uw Afdeling eveneens verzuimd heeft dat te doen in een andere zaak, maakt dit niet anders.

Wanneer Nederlandse bestuursrechters collectief weigeren bepaalde relevante zaken te toetsen, dat wil zeggen wanneer u weigert zich met de betreffende argumenten te engageren en in plaats daarvan kiest om weg te kijken en die argumenten te negeren, dan ondermijnt u daarmee de rechtsstaat en de geloofwaardigheid van onze rechtsstaat.

U roept daarmee ook vragen op over uw beweegredenen voor uw keuze om zo te handelen.

In paragraaf 3.4 van zijn uitspraak gaat de rechtbank vervolgens over tot een expliciete beschrijving onder het kopje "*wat is het toetsingskader*" (enkele witregels door mij toegevoegd voor de overzichtelijkheid):

3.4 De verwerking van persoonsgegevens kan rechtmatig zijn als die noodzakelijk is voor de uitvoering van de overeenkomst. Voor deze beoordeling hanteert de rechtbank het volgende toetsingskader.

Eerst moet worden beoordeeld of het doel waarvoor de persoonsgegevens worden verwerkt welbepaald en uitdrukkelijk omschreven is. Verder moet worden beoordeeld of met de aan de orde zijnde verwerking van de persoonsgegevens dat doel ook wordt bereikt. Indien de verwerking van de persoonsgegevens voor het bereiken van het specifieke doel in deze zin noodzakelijk is, moet vervolgens worden beoordeeld of de inbreuk op de privacy evenredig is met de belangen die zijn gediend met de verwerking van de persoonsgegevens.

Zoals de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft geoordeeld in haar uitspraak van 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2555, moet in het licht van het EU-Handvest worden beoordeeld of de inbreuk op de privacy is beperkt tot wat voor het behalen van het doel strikt noodzakelijk is. Met name moet worden beoordeeld of het doel waarvoor de persoonsgegevens worden verwerkt in redelijkheid niet op een andere, voor de bij de verwerking van persoonsgegevens betrokken personen minder nadelige wijze kan worden verwezenlijkt. De intensiteit waarmee dit dient te gebeuren wordt mede bepaald door de specificiteit van de aangedragen alternatieven. Met andere woorden: hoe gedetailleerder de betrokkene het alternatief beschrijft, hoe indringender het onderzoek van verweerder moet zijn.

Met deze toetsing van de belangen in het concrete geval is de AVG in overeenstemming met artikel 8 van het Europees Verdrag van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (verder: EVRM). Een toetsing aan dit artikel afzonderlijk kan daarom achterwege blijven.

Op verschillende punten maakt de rechtbank hier met betrekking tot zijn toetsingskader keuzes die de rechtsbescherming van burgers afbreken en in strijd zijn met zowel de letter als de geest van de wet:

- De rechtbank stelt ten onrechte dat uit **het bereiken van een doel** door middel van een gegevensverwerking gelijk mag worden gesteld aan **het noodzakelijk zijn van die gegevensverwerking voor dat doel**. Dit is een fictie die in strijd is met:
  - het in de AVG opgenomen noodzakelijkheidsvereiste;
  - het in artikel 8 lid 2 EVRM opgenomen noodzakelijkheidsvereiste.
- De rechtbank stelt ten onrechte dat indien deze vorm van toetsing van belangen plaatsvindt, de AVG in het concrete geval **dus** in overeenstemming zou zijn met artikel 8 EVRM.
- De rechtbank stelt ten onrechte dat een "afzonderlijke" (dit is een verhullend eufemisme voor: rechtstreekse) toetsing aan artikel 8 EVRM om die reden niet nodig zou zijn. Ook los van de vraag of de AVG op bepaalde punten wel of niet overeenstemming is met artikel 8 EVRM, is Nederland rechtens verplicht om een rechtstreekse toetsing van het besluit van de AP aan het EVRM uit te voeren - en al helemaal indien de rechtzoekende, zoals ik, zich beroept op het EVRM. Indien Nederlandse rechters weigeren dat te doen, is alleen dat al een grond voor een gegrondverklaring van een eventueel verzoek op dat punt van mij aan het EHRM.

#### 4.4 Overwegingen rechtbank m.b.t. het doel van de gegevensverwerking

Het is op zich al opmerkelijk dat de rechtbank in zijn uitspraak éérs ingaat op de vermeende noodzakelijkheid van de gegevensverwerking (in paragraaf 3.5 van de uitspraak) en pas daarna op het doel van de gegevensverwerking (in paragraaf 3.6). Om de noodzakelijkheid adequaat te kunnen beoordelen, is het immers nodig om eerst goed in beeld te hebben of het doel waaraan die noodzakelijkheid zijn bestaan ontleent, wel of niet voldoet aan de geldende criteria, met andere woorden, of dat doel "welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd" is. Als dat niet het geval is, kan er alleen al om die reden geen sprake zijn van noodzakelijkheid.

In dit hoger beroepschrift zal ik de juiste volgorde aanhouden en daarom eerst ingaan op de overwegingen van de rechtbank met betrekking tot het doel van de gegevensverwerking. De rechtbank schrijft hierover in paragraaf 3.6 het volgende:

3.6. Het doel van de verwerking van persoonsgegevens is het vergroten van de veiligheid van de medewerkers, voornamelijk vrijwilligers, van [de bioscoop]. Sinds de verhuizing in 2018 naar de nieuwe locatie accepteert [de bioscoop] niet langer contante betalingen. [de bioscoop] wil, vanuit de zorgplicht voor haar medewerkers, de veiligheid van haar medewerkers zo goed mogelijk beschermen en heeft daarom gekozen voor het uitsluitend werken met pinbetalingen. [de bioscoop] gaat er vanuit dat zij door de afwezigheid van contact geld minder aantrekkelijk zal zijn voor potentiële overvallers. Op de website en bij de ingang van [de bioscoop] is kenbaar gemaakt dat alleen pinbetalingen worden geaccepteerd.

Ter zitting is namens [de bioscoop] toegelicht dat in het voormalige pand van [de bioscoop] twee keer geld uit de kassa is gestolen en dat [de bioscoop] haar medewerkers zo veel mogelijk wil beschermen en niet aan de risico's van een overval wil blootstellen.

Het doel van de verwerking van persoonsgegevens bij de aanschaf van een bioscoopkaartje via de website is de correcte levering van het bioscoopkaartje.

De rechtbank noemt hier twee doelen. Ik zal de overwegingen van de rechtbank daarover bespreken in de onderstaande paragrafen 4.4.1 (doel: veiligheid medewerkers) en 4.4.2 (doel: correcte levering van het bioscoopkaartje).

##### 4.4.1 Doel: veiligheid medewerkers

Met dit doel, zoals in algemene zin aangeduid, is natuurlijk op zichzelf niets mis. In zijn algemeenheid is dit een gerechtvaardigd doel. De rechtbank verzuimt echter de volgende zaken te toetsen:

- (1) Is dit doel in de concrete omstandigheden van dit specifieke geval eigenlijk wel relevant. Met andere woorden: is de veiligheid van de bioscoopmedewerkers eigenlijk wel in het geding? Zonder relevantie kan een doel ook niet gerechtvaardigd zijn.
- (2) Is het doel, conform de vereisten van artikel 5 AVG, welbepaald en nadrukkelijk omschreven?

Ten onrechte verzuimt de rechtbank dit te toetsen, negeert vervolgens dat deze beide vragen negatief moeten worden beantwoord, en negeert de implicaties daarvan.

**Ad (1)** Er is op geen enkele wijze aangetoond of zelfs maar aannemelijk gemaakt dat de veiligheid van de bioscoopmedewerkers in het geding zou zijn. Het enige wat wordt aangevoerd is het onbevestigde gerucht dat jaren geleden er twee keer geld uit de kassa zou zijn "gestolen", overigens zonder dat daarbij de veiligheid van medewerkers in het geding zou zijn gekomen.

Dit werd door de directeur van de bioscoop naar voren gebracht tijdens de mondelinge behandeling van de zaak ter zitting van de rechtbank. Een rechter vroeg of er sprake was geweest van "roofovervallen". Nee, daarvan was geen sprake geweest. De rechter vroeg niet of er ook aangifte was gedaan. U kunt deze gedachtenwisseling bekijken en beluisteren via de aan het begin van paragraaf 4 van dit hoger beroepschrift genoemde link naar de video-opname van de zitting.

Na afloop van de zitting ben ik zelf bij een medewerker van de bioscoop nagegaan of die zich de door de directeur genoemde, vermeende incidenten herinnerde. Anders dan de directeur, was deze medewerker in de periode dat de vermeende incidenten zouden hebben plaatsgevonden, wèl werkzaam bij de bioscoop. De medewerker vertelde mij dat er maar één incident was geweest waarbij contant geld was gestolen. Dat incident had zich voorgedaan in de horecaruimte van het oude gebouw aan de Korenmarkt, toen een groep scholieren geld op de bar had gelegd om te betalen (ofwel voor consumpties, ofwel voor bioscoopkaartjes - in een bepaalde periode werden die aan de bar betaald). Eén van die scholieren had vervolgens stiekem wat van dat contante geld gepakt, zonder te beseffen dat er een camera op de bar gericht stond. De betreffende scholier was later op basis van de camerabeelden in de kraag gevat. Er was dus geen enkele sprake geweest van enig "veiligheidsincident".

U kunt dit terugzien en beluisteren in mijn interview met Potkaars, dat via dezelfde link als de video-opname van de rechtszitting online toegankelijk is.

**Ad (2)** De algemene term "veiligheid van de medewerkers" voldoet niet aan de wettelijke criteria "welbepaald en uitdrukkelijk omschreven". De rechtbank heeft verzuimd dit te onderkennen. In deze aanduiding ontbreekt enige aanduiding van welke risico's er sprake zou zijn. Zonder risico's wordt het begrip "veiligheid" inhoudsloos.

#### **4.4.2 Doel: correcte levering van het bioscoopkaartje**

Voor het doel om een bioscoopkaartje correct te leveren met gebruikmaking van een website, is het niet nodig en ook niet gerechtvaardigd om het gedrag van websitebezoekers te registreren of te analyseren, laat staan de met die registratie en analyse gegenereerde gegevens na de transactie te bewaren (behoudens de gegevens die bij de betaalservice worden geregistreerd). Toch schrijft de rechtbank in paragraaf 4.3 van zijn uitspraak:

4.3 Verweerder heeft zich naar het oordeel van de rechtbank op het standpunt kunnen stellen dat [de bioscoop] met de verwerking van het IP-adres van de bezoeker van de website (en de plaatsing van functionele en analytische cookies) een gerechtvaardigd belang nastreeft. Dit belang betreft het verzorgen en verbeteren van de website.

"Het verzorgen en verbeteren van de website" is een ander doel dan de correcte levering van het bioscoopkaartje. De rechtbank heeft verzuimd dit te onderkennen. Zie verder par. 4.5.

#### 4.5 Overwegingen rechtbank m.b.t. noodzakelijkheid gegevensverwerking

Met betrekking tot de vermeende noodzakelijkheid schrijft de rechtbank in parafen 3.5, 3.7 en 3.8 van zijn uitspraak het volgende (enkele witregels toegevoegd door mij):

3.5 In dit geval gaat het om de vraag of de verwerking van persoonsgegevens noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst als bedoeld in artikel 6, eerste lid, aanhef en onder b, van de AVG waarbij de bioscoopbezoeker of de bezoeker van de horecagelegenheid van [de bioscoop] partij is.

Zoals blijkt uit advies 06/2014 van de voormalige Artikel 29 Werkgroep en Richtsnoeren 2/2019 van het Europees Comité voor gegevensbescherming moet artikel 7, onder b, van de Privacyrichtlijn, de voorloper van de bepaling uit de AVG, strikt worden geïnterpreteerd. Het enkele feit dat de verwerking van gegevens onder een overeenkomst valt of daarmee verband houdt, betekent niet dat deze verwerking noodzakelijk is voor de uitvoering van de overeenkomst. Artikel 7, onder b, van de Privacyrichtlijn is vrijwel gelijklopend aan artikel 6, eerste lid, aanhef en onder b, van de AVG. Wat in het advies en Richtsnoeren staat is dus ook voor de interpretatie van de AVG van belang.

*Is het doel gerechtvaardigd en kan met de aan orde zijnde verwerking het doel ook worden bereikt?*

3.7. De rechtbank is van oordeel dat verweerder de veiligheid van de medewerkers van [de bioscoop] een gerechtvaardigd doel heeft mogen achten voor de invoering van de verplichte pinbetaling en de afschaffing van de mogelijkheid om met contant geld te betalen.

Ook is de rechtbank van oordeel dat door de afwezigheid van contant geld de veiligheid van de medewerkers in het pand van [de bioscoop] wordt vergroot. Met de verplichte pinbetaling wordt het doel, waarvoor de verplichting om met pin te betalen geldt, dus bereikt.

Verweerder heeft ook de correcte levering van het bioscoopkaartje een gerechtvaardigd doel mogen achten voor de verwerking van persoonsgegevens bij de aanschaf van een bioscoopkaartje via de website van [de bioscoop] .

*Is de verwerking noodzakelijk voor de uitvoering van de overeenkomst?*

3.8. Zoals hiervoor is opgemerkt, is het doel van de verwerking van persoonsgegevens duidelijk en gerechtvaardigd. De verwerking van persoonsgegevens bij een pinbetaling is een inherent gevolg van een pinbetaling en is daarmee noodzakelijk voor het bereiken van het specifieke doel. Daarmee maakt de pinbetaling onderdeel uit van de overeenkomst. Ook ten aanzien van een via de website aangeschaft bioscoopkaartje geldt dat de verwerking van persoonsgegevens noodzakelijk is voor een correcte levering van het kaartje.

De rechtbank is dan ook van oordeel dat verweerder de grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens (bij de aanschaf van een bioscoopkaartje aan de kassa, via de website en van consumpties in de horecagelegenheid) terecht heeft gebaseerd op uitvoering van de (koop)overeenkomst die [de bioscoop] heeft met de bezoeker.

**(1)** Wat hier om te beginnen opvalt, is dat de rechtbank het onderscheid tussen "noodzakelijkheid" en "gerechtvaardigdheid" niet duidelijk maakt, maar die twee begrippen met elkaar verward, om uiteindelijk uit de vermeende "gerechtvaardigdheid" van het doel ten onrechte te concluderen dat er dus ook sprake zou zijn van "noodzakelijkheid".

**(2)** Om deze drogredenering te kunnen doen slagen, grijpt de rechtbank naar het contractbegrip als verbindende schakel tussen "gerechtvaardigdheid" en "noodzakelijkheid". De drogredenering van de rechtbank is in essentie:

- A Het doel van de gegevensverwerking (bijv. de veiligheid van de medewerkers) is in algemene zin gerechtvaardigd, zonder dat het welbepaald of uitdrukkelijk omschreven hoeft te zijn.
- B Het door de bioscoop aan bezoekers dwingend opgelegde "contract" (de algemene voorwaarden) heeft tot doel om het onder A genoemde, vage doel te bevorderen.
- C Het contract is dus "gerechtvaardigd".
- D De gegevensverwerking heeft tot doel om het contract uit te voeren.
- E De gegevensverwerking is dus nodig om het contract uit te voeren,.
- F Dus is de gegevensverwerking legaal, want voldoet aan de wettelijke grondslag ex art. 6 lid 1 onder b) AVG: noodzaak voor de uitvoering van een contract.

**(3)** Deze redenering faalt, of zou dat althans doen als we in een rechtsstaat leven, om vijf redenen.

a) Het is niet meer dan een verkapte manier om het recht van de sterkste te legaliseren, met andere woorden: het is een elaboraat uitgewerkt (lees: vermomd) machtswoord. Met deze redeneerwijze wordt aan elke verwerkingsverantwoordelijke die feitelijke macht over een burger kan uitoefenen, een vrijbrief gegeven om die burger met behulp van die macht te dwingen zijn of haar persoonsgegevens te laten verwerken.

Immers, deze redeneerwijze laat toe dat elke verwerkingsverantwoordelijke naar willekeur algemene voorwaarden opstelt, en dan met verwijzing naar een vaag doel (een magisch woord zoals "veiligheid", "efficiëntie" of "fraudepreventie") mensen dwingt om hun gegevens zogenaamd voor dat vage doel te laten verwerken. Doel en noodzaak hoeven van de rechtbank niet serieus of zelfs maar adquaar te worden getoetst.

b) De redenering levert strijd op met artikel 5 lid 1 AVG, dat een welbepaald en uitdrukkelijk omschreven doel vereist voor de gegevensverwerking, en dus niet slechts voor het contract.

- c) De redenering is in strijd met artikel 5 lid 2 AVG, dat vereist dat de verwerkingsverantwoordelijke de noodzakelijkheid van de gegevensverwerking kan aantonen. In een rechtsstaat kan het niet zo zijn dat het noodzakelijkheidsvereiste kan worden ontdoken door het te reduceren tot het vereiste om aan een eenzijdig opgelegd contract te voldoen dat alleen in naam aan een vaag omschreven doel hoeft te voldoen om als "gerechtvaardigd" te kunnen worden beschouwd.

De rechtbank negeert op deze wijze ook haar eigen overweging: *"Het enkele feit dat de verwerking van gegevens onder een overeenkomst valt of daarmee verband houdt, betekent niet dat deze verwerking noodzakelijk is voor de uitvoering van de overeenkomst."* Er dient dus naast het contract ook een zelfstandige rechtvaardiging te zijn voor de gegevensverwerking, in de vorm van een intrinsieke noodzakelijkheid ten behoeve van een materieel doel dat "gerechtvaardigd, welbepaald en uitdrukkelijk omschreven" is.

- d) De redenering houdt geen rekening met de mogelijkheid dat een bepaalde gegevensverwerking weliswaar tot doel heeft een contract uit te voeren, maar niet nodig is om dat contract uit te voeren. Zie voor een nadere bespreking hiervan paragraaf 4.6 (over subsidiariteit).
- e) Er is sprake van een cirkelredenering, met name in paragraaf 3.8 van de rechterlijke uitspraak. Omdat pinbetaling in het "contract" wordt voorgeschreven, is pinbetaling inclusief de bijbehorende verwerking van persoonsgegevens volgens de rechtbank een "inherent gevolg" van het contract en daarom gerechtvaardigd.
- f) Bovendien is er sprake van een redenering die de Nederlandse, Europese en internationale rechtsorde op zijn kop zet.

De zogenaamde "**gerechtvaardigdheid**" van het contract wordt gebaseerd op een vaag omschreven doel dat dient ter quasi-rechtvaardiging van de gegevensverwerking.

Vervolgens wordt de **legaliteit** van de gegevensverwerking gebaseerd op de legaliteit van het contract. Tot slot wordt de **legaliteit** van het contract gebaseerd op Nederlands civiel recht - waarin niets staat over de bescherming van persoonsgegevens, en ook niet over de Nederlandse plicht om internationale verdragen en Europese regelgeving na te leven.

Op deze manier wordt door Nederlandse bestuursrechters het Nederlandse civiele recht boven Nederlands internationaalrechtelijke (EVRM) en Europeesrechtelijke (AVG/GDPR) verplichtingen geplaatst, als middel om het EVRM en de AVG te kunnen ontduiken.

Een grote vraag is nu of deze wets- en rechtsverkrachting gebeurt met stilzwijgende instemming van Europese en internationale rechters, of dat die de Nederlandse rechters op dit punt zullen corrigeren als ik na dit hoger beroep naar het EHRM stap.

Dan zal duidelijk worden of het EVRM en de AVG op het gebied van privacy slechts een wassen neus zijn, dat wil zeggen knollen die aan de burgers voor citroenen zijn verkocht, of dat ze wel degelijk rechtsbescherming bieden.



#### 4.6 Overwegingen rechtbank m.b.t. subsidiariteit (alternatieven)

Ten aanzien van de vraag naar de subsidiariteit van de gegevensverwerking, schrijft de rechtbank in paragraaf 3.9 van zijn uitspraak het volgende (onder een tussenkopje dat over "evenredigheid" gaat, die echter pas later aan de orde komt; er ontbreekt een kopje over "subsidiariteit"):

*Is de verwerking evenredig?*

3.9. Verweerder heeft zich op het standpunt kunnen stellen dat het doel waarvoor de persoonsgegevens door [de bioscoop] worden verwerkt redelijkerwijs niet op een andere, voor de bij de verwerking van de persoonsgegevens betrokken persoon, minder nadelige wijze kan worden bereikt. Het toestaan van betaling van een bioscoopkaartje of consumptie met contant geld, zou immers afbreuk doen aan de doelstelling van [de bioscoop] om de veiligheid van haar medewerkers zo veel mogelijk te waarborgen.

Deze redenering van de rechtbank faalt, of zou in een rechtsstaat althans falen, om twee redenen:

**(1)** De rechtbank noemt geen echte reden ter onderbouwing waarom de verwerking van persoonsgegevens redelijkerwijs niet op een andere, voor de betrokkene minder nadelige wijze zou kunnen worden bereikt. Het enige wat de rechtbank doet, is verwijzen naar de doelstelling van de bioscoop om "de veiligheid van haar medewerkers" zo veel mogelijk te waarborgen. De rechtbank toetst helemaal niet of dat doel ook op een andere manier in voldoende mate kan worden bereikt - bijvoorbeeld met het accepteren van contante betaling, eventueel aan een loket met een glazen wand ervoor (zoals in het oude gebouw het geval was - en zoals in deze coronatijden op allerlei plekken ingevoerd om de vermeende dreiging van grote druppels tegen te gaan).

Overigens was het in het oude gebouw lange tijd ook gewoon mogelijk om aan de bar een bioscoopkaartje met contant geld aan te schaffen, zonder dat dit ooit tot een geweldsincident heeft geleid.

De redenering van de rechtbank is simpelweg: de bioscoop wil het op deze manier doen, en daarom is het nodig om het op deze manier te doen en zijn er geen alternatieven. Alleen al om die reden faalt dit rechterlijke betoog - of zou dat althans doen in een rechtsstaat.

**(2)** De rechtbank verwijst hier, in strijd met haar eerdere rechtvaardiging van de gedwongen verwerking van persoonsgegevens, naar het door de bioscoop naar voren gebrachte, vermeende materiële doel van de gegevensverwerking, namelijk de bescherming van de veiligheid van de medewerkers. Kennelijk acht de rechtbank die materiële rechtvaardiging nu opeens wel van belang, terwijl de rechtbank eerder de rechtvaardiging eerder zocht in het bestaan van een "contract" (zie paragrafen 4.4 en 4.5 van dit hoger beroepschrift).

Maar als de rechtbank een materiële rechtvaardiging relevant acht, waarom heeft de rechtbank het dan niet nodig gevonden om in het kader van de noodzakelijkheidsbeoordeling (zie paragraaf 4.5) die materiële rechtvaardiging te toetsen aan de hand van materiële criteria, in plaats van alleen het formele criterium of er sprake is van een "contract"?

#### 4.7 Overwegingen rechtbank m.b.t. proportionaliteit

Verderop in paragraaf 3.9 van zijn uitspraak gaat de rechtbank alsnog in op zijn overwegingen met betrekking tot de vraag naar proportionaliteit (evenredigheid) en schrijft daar het volgende:

*Is de verwerking evenredig?*

(...) 3.9. (...) Daarbij heeft verweerder terecht van belang geacht dat de verwerking van persoonsgegevens bij een pinbetaling bij [de bioscoop] beperkt blijft tot wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt en dat is voldaan aan de eis van minimale gegevensverwerking. [de bioscoop] maakt bij pinbetalingen gebruik van een PSP en door toepassing van de PAN Masking techniek, zijn alleen de laatste vier cijfers van de gemaskeerde bankrekeningnummers, samen met de bedragen en de data waarop is betaald, zichtbaar. Daarmee is de verwerking van persoonsgegevens beperkt.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder zich ook op het standpunt kunnen stellen dat de verwerking van persoonsgegevens bij de aanschaf van een bioscoopkaartje via de website beperkt blijft tot wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt en dat ook voldaan is aan de eis van minimale gegevensverwerking. Daarbij heeft verweerder terecht van belang geacht dat [de bioscoop] gebruik maakt van betalingsverwerker Buckaroo, die PAN Masking toepast op de bankrekeningnummers. Ook heeft verweerder kunnen meewegen dat de persoonsgegevens nodig zijn voor een correcte levering van het bioscoopkaartje en dat de persoonsgegevens die bij aanschaf van een kaartje via de website worden verzameld, worden verwijderd na de voorstellingsdatum, tenzij sprake is van een door de bezoeker aangemaakt account.

Tot slot heeft verweerder kunnen wijzen op de mogelijkheid voor eiser om een bioscoopkaartje te kopen met een elders met contant geld aangeschafte bioscoopbon. Daarmee blijft de mogelijkheid bestaan om zonder de verwerking van persoonsgegevens een kaartje te kopen voor het [de bioscoop] .

De rechtbank is op grond van het vorenstaande van oordeel dat de verwerking van persoonsgegevens evenredig is met de belangen die met de verwerking van de persoonsgegevens zijn gediend.

**(1)** We zien hier om te beginnen dat de rechtbank opnieuw stelt dat de gegevensverwerking "noodzakelijk" is en dat er voldaan is aan het beginsel van "minimale" gegevensverwerking, zonder dit op enige wijze te onderbouwen. Opnieuw onderbouwt de rechtbank op geen enkele wijze waarom het überhaupt nodig zou zijn, en daarom proportioneel zou kunnen zijn, om enig persoonsgegeven te verwerken voor zoiets eenvoudigs als het kopen van een bioscoopkaartje in een gloednieuw, ruim, goed geoutilleerd gebouw.

**(2)** Voor wat betreft de aanschaf van een bioscoopkaartje aan de balie (dan wel de kassa) verwijst de rechtbank naar de gepleegde PAN-masking, maar gaat niet in op de argumenten die ik daarover in mijn beroepschrift heb aangevoerd (in paragrafen 3.4 en 3.5.2 - ook in dit hoger beroepschrift).

**(3)** De rechtbank verwacht hier bovendien "proportionaliteit" en "waarborgen" met elkaar, door uit het bestaan van bepaalde "waarborgen" af te leiden dat het verzamelen van persoonsgegevens daardoor meer "evenredig" zou worden.

Volgens deze redenering kan het stelen van een auto "evenredig" zijn als de dief een briefje achterlaat dat het niet zo erg is want dat hij de auto over een paar uur weer netjes in de buurt zal parkeren, "en u kunt daarop vertrouwen, want dit is de waarborg die ik u geef".

Afgezien van de ontbrekende basislogica ervan, deugt dit betoog om nog een andere reden niet. Zoals de afgelopen jaren keer op keer is gebleken, bestaan er bij de digitale verwerking van gegevens geen sterke waarborgen. Keer op keer zijn gegevens toch gelekt, ook uit zwaar beveiligde systemen, bijvoorbeeld van opsporingsdiensten. Zoals onder andere auteur Maxim Februari onlangs schreef, "Wordt het geen tijd om te erkennen dat het lekken van gegevens geen bug is, maar een feature" (vrij naar mijn herinnering). Vermeende "waarborgen" zoals PAN-masking maken dat niet anders. De rechtbank grijpt zich vast aan het woord "PAN-Masking" alsof dat een panacee is. De verholde eis dat we moeten vertrouwen en geloven dat digitale systemen lekvrij zijn, is echter niet realistisch en daardoor ook niet redelijk.

Vroeg of laat lekt elk digitaal systeem gegevens. En omdat er in digitale systemen grote hoeveelheden gegevens zijn geconcentreerd, raken die lekken veel meer mensen dan wanneer er vroeger eens een papieren kaart uit een kaartenbak verdween - of zelfs een hele kaartenbak.

Mogelijk gaat de rechtbank mee in een hardnekkige, opzettelijke naïviteit tegen beter weten in, als het gaat om de bescherming die zogenoemde "waarborgen" zouden bieden. Overall in de huidige maatschappij zie je dat bij mensen de ongeschreven agenda tussen de oren zit, als gevolg van succesvolle digitaliseringscampagnes van lobby-organisaties zoals ECP, dat alles zoveel mogelijk gedigitaliseerd zou moeten worden, en dat er daarom niet kritisch gekeken mag worden naar de nadelen en risico's daarvan - althans niet zodra dat kan leiden tot keuzes die hinderlijk zouden kunnen zijn voor de digitaliserings- en surveillance-agenda die thans over ons wordt uitgerold.

Zo'n keuze is de handhaving van de beschikbaarheid van contante betaling. Als privacy erkend wordt als argument om contante betaling te handhaven, is dat een enorme spaak in het wiel van machtige lobby-organisaties zoals ECP (waar allerlei overheden en organisaties zoals VNO/NCW aan deelnemen). Het is de vraag of uw Afdeling onafhankelijk is en ook wil zijn van die lobbies.

**(4)** De rechtbank zegt iets over waarborgen met betrekking tot de website van de bioscoop (de webshop). Daar zal ik hierna op ingaan in paragraaf 4.8 (over waarborgen, los van het vraagstuk van proportionaliteit)

**(5)** Tot slot verwijst de rechtbank naar de mogelijkheid om in bepaalde winkels elders in de stad met contant geld een bioscoopbon te kopen. De rechtbank gaat hierbij ten onrechte geheel voorbij aan hetgeen ik in paragraaf 3.4 van mijn beroepschrift (tevens paragraaf 3.4 van dit hoger beroepschrift - zie pagina 60) naar voren heb gebracht. Het verplichten van mensen die met behoud van privacy een film willen zien, om hun bioscoopkaartje elders te kopen, is een vorm van discriminatie.

**(6)** Wat zou de rechtbank zeggen als iemand met een donkere huidskleur in een winkel voor ondergoed wordt geweigerd, met als argument dat er nog andere winkels zijn waarin ondergoed wordt verkocht - waardoor de weigering "proportioneel" zou zijn. Dat zou de rechtbank, met een schuin ook naar de vermoedelijke reacties in de media, allerm minst "proportioneel" vinden.

Hieruit valt af te leiden dat hier sprake is van meten met twee maten. Discriminatie van mensen met een donkere huidskleur wordt (ook door rechters) onacceptabel gevonden. Discriminatie van mensen die vanuit hun levensovertuiging belang hechten aan hun privacy (een mensenrecht), wordt echter wèl acceptabel gevonden.

"Ga jij maar achterin de bus zitten," wordt sinds Rosa Parks niet acceptabel gevonden voor mensen met een donkere huidskleur, of mensen met een erkende religieuze overtuiging, maar kennelijk wel voor mensen met privacy (of, in het najaar van 2021, voor ongevaccineerden). Het bewustzijn dat er in een rechtsstaat niemand gediscrimineerd mag worden en dat ieders mensenrechten beschermd moeten worden, lijkt niet alleen bij grote delen van de bevolking, maar ook bij grote delen van onze rechterlijke macht te zijn weggezaakt - of wellicht via zelfcensuur onderdrukt.

Was dat al lang aan de gang - of is dat de afgelopen twee crisis-jaren onder stressvolle omstandigheden ineens gebeurd? Ik vrees dat het eerste het geval is, maar dat de crisis-situatie een en ander zichtbaarder heeft gemaakt.

#### **4.8 Overwegingen rechtbank m.b.t. waarborgen (veiligheid gegevens)**

**(1)** In zijn uitspraak heeft de rechtbank zijn beoordeling van de "evenredigheid" van de gegevensverwerking opgehangen aan zijn oordeel dat er sprake was van "waarborgen" m.b.t. de gegevensverwerking, waaruit volgens de rechtbank proportionaliteit kan worden afgeleid. Het misbruik van het vermeende voorhanden zijn van waarborgen als argument dat er daarmee ook sprake zou zijn van proportionaliteit, noodzaakte mij om het onderwerp "waarborgen" voor een deel al in paragraaf 4.7 van dit hoger beroepschrift te bespreken, voor zover het gaat over waarborgen m.b.t. pinbetaling aan de balie/de kassa van de bioscoop. Zie aldaar.

**(2)** Waar het gaat om waarborgen met betrekking tot de website (inclusief de webshop) van de bioscoop, kan ik die los van het evenredigheidsvraagstuk bespreken. Immers, mijn handhavingsverzoek aan de AP is erop gericht dat ik ten minste één laagdrempelige mogelijkheid heb om met behoud van privacy arthouse-films te zien in mijn eigen stad. Zoals ik ter zitting van de rechtbank ook zei: "Als de bioscoop contante betaling had geaccepteerd, had ik geen handhavingsverzoek ingediend" - ongeacht de mate van privacy-onvriendelijkheid van de website.

Dat ik de privacy-aspecten van de website heb bestudeerd, en mijn analyse daarvan in mijn beroepschrift naar voren heb gebracht, is alleen bedoeld om te laten zien dat de website en de webshop geen alternatief vormen voor privacy-vriendelijke contante betaling, omdat óók de website de privacy van bezoekers niet respecteert. In dat kader was het voor mij nodig om te laten zien dat ook de website geen adequate waarborgen biedt op het gebied van gegevensbescherming. In dat verband heb ik de manier benoemd waarop de onderaannemers van de bioscoop te werk gaan bij het exploiteren van de website - waaronder met name Google.

In aanvulling op wat ik daarover in mijn beroepschrift heb gezegd en tevens heb opgenomen in paragrafen 3.4 en 3.5 van dit hoger beroepschrift, wil ik hier nog wijzen op het volgende.

**(3)** Zoals eerder geciteerd in paragraaf 4.4.2 van dit hoger beroepschrift, schrijft de rechtbank in zijn uitspraak het volgende over Google analytics:

4.3 Verweerder [de AP] heeft zich naar het oordeel van de rechtbank op het standpunt kunnen stellen dat [de bioscoop] met de verwerking van het IP-adres van de bezoeker van de website (en de plaatsing van functionele en analytische cookies) een gerechtvaardigd belang nastreeft. Dit belang betreft het verzorgen en verbeteren van de website.

Zoals gebruikelijk onderbouwt de rechtbank zijn oordeel niet. Waarom acht de rechtbank het vergaand analyseren van het gedrag van gebruikers van een website nodig voor het nastreven van het "gerechtvaardigde belang" van het "verzorgen en verbeteren van de website"? De rechtbank lijkt hier een variant te beoefenen van de bekende argumentatie "*Het komt uit de computer dus het moet wel kloppen.*" Dat is nooit een redelijke argumentatie geweest, en anno 2022 is het dat al helemaal niet.

In mijn beroepschrift heb ik op basis van door mij opgevraagde documenten al laten zien dat de bioscoop ten tijde van mijn handhavingsverzoek volstrekt niet "in control" was als het ging om de bescherming van de door de website verwerkte (persoons)gegevens. In reactie daarop ging de AP als "toezichthouder" blindvaren op mededelingen van de bioscoop dat bepaalde dingen inmiddels waren verbeterd.

Maar op dit moment vindt de rechtbank het kennelijk nog steeds gerechtvaardigd om analytische cookies te plaatsen op zo'n website.

**(4)** Ik wil erop wijzen dat de Franse privacy-toezichthouder zich n.a.v. een rechtszaak van Noyb tot de opvatting heeft bekeerd dat zulke analytische cookies niet toelaatbaar zijn, want niet in overeenstemming met de AVG. In een artikel op 17 juni 2022 op de site Security.nl wordt hierover het volgende gemeld:

Websites in Frankrijk kunnen met Google Analytics blijven werken, maar moeten dan wel van een goed geconfigureerde proxy gebruikmaken, zo stelt de Franse privacytoezichthouder CNIL. In februari oordeelde de toezichthouder dat het gebruik van Google Analytics in strijd met de Europese privacywetgeving GDPR is. Een Franse website die van Googles statistiekenprogramma gebruikmaakte kreeg één maand de tijd om een oplossing te zoeken.

CNIL deed uitspraak na klachten die waren ingediend door noyb, de privacyorganisatie van de bekende activist Max Schrems. De klachten waren onder andere gericht tegen een Franse website waarop Google Analytics draait. Volgens de Franse privacytoezichthouder is persoonlijke data die via Google Analytics naar de Verenigde Staten wordt gestuurd niet goed beschermd en kan door Amerikaanse inlichtingendiensten worden opgevraagd.

Na de uitspraak keken verschillende partijen naar technische oplossingen om Googles statistiekenprogramma toch te blijven gebruiken, maar volgens CNIL zijn er geen

eenvoudige aanpassingen die dit mogelijk maken. Het grootste probleem is dat bij het bezoeken van een website met Google Analytics er ook requests met gebruikersinformatie naar Google gaan. Er mag dan ook geen contact zijn tussen Google en de bezoeker van een website waarop Analytics draait, aldus de Franse toezichthouder.

Dit is mogelijk door gebruik te maken van een proxy. Voorwaarde is wel dat alle data die de proxy naar Analytics doorstuurt geen informatie bevat waarmee de gebruiker is te identificeren. Zo mag er geen ip-adres worden doorgestuurd en moet de proxy de user identifier vervangen. Verder moet de referer worden verwijderd en mogen verzamelde url's geen parameters bevatten. Het is tevens belangrijk dat data op de proxyserver niet de Europese Unie verlaat.

Vorige maand werd bekend dat de Autoriteit Persoonsgegevens het onderzoek heeft afgerond of het gebruik van Google Analytics in Nederland is toegestaan. De conclusie wordt echter in de loop van het jaar bekendgemaakt. Op de eigen website waarschuwt de AP nog altijd dat het gebruik van Google statistiekenprogramma mogelijk binnenkort niet is toegestaan.<sup>83</sup>

Hieruit mag worden geconcludeerd dat de hierboven geciteerde opvatting van de rechtbank over analytische cookies onjuist is, en dat daarmee ook de opvatting van de rechtbank dat de website van de bioscoop inclusief analytische cookies voldoende "waarborgen" zou bieden, onjuist is.

Ik verzoek uw Afdeling om de uitspraak van de rechtbank ook op dit punt te corrigeren, en dus om mijn hoger beroepschrift ook op dit punt gegrond te verklaren.

---

<sup>83</sup> Bron: "Franse privacytoezichthouder biedt oplossing voor gebruik Google Analytics", 17 juni 2022, <https://www.security.nl/posting/757387/Franse+privacytoezichthouder+biedt+oplossing+voor+gebruik+Google+Analytics>. En: "Autoriteit Persoonsgegevens rondt onderzoek af naar Google Analytics", 31 mei 2022, <https://www.security.nl/posting/755348/Autoriteit+Persoonsgegevens+rondt+onderzoek+af+naar+Google+Analytics>.

#### 4.9 Conclusie ten aanzien van de overwegingen van de rechtbank

Als conclusie van mijn reactie op de overwegingen van de rechtbank wil ik hier twee teksten citeren. Ten eerste de tekst die Stichting Privacy First op haar website heeft geplaatst naar aanleiding van de uitspraak van de rechtbank:

\* \* \*

**Update 24 mei 2022:** op 16 mei 2022 heeft de rechtbank Gelderland [uitspraak](#) gedaan in de zaak. Jonkers beroep is ongegrond verklaard. De rechtbank voert daar in de kern drie redenen voor aan:

- het doel van de bioscoop om de veiligheid te verhogen door het weigeren van contant geld, is gerechtvaardigd;
- dit doel wordt naar het oordeel van de rechtbank door de weigering van contante betaling ook bereikt;
- via de algemene voorwaarden bij de aankoop van een bioscoopkaartje aan de balie (die gelden als een "contract") mag de bioscoop dit ook afdwingen, met een beroep op artikel 6 lid 1 onder b van de AVG, waarin sprake is van een wettelijke grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens indien er sprake is van de "noodzaak ten behoeve van de uitvoering van een contract".

*Jonker: "Met deze uitspraak is de afschaffing van contant geld weer een stap dichterbij gebracht. Iedere winkelier of caféhouder kan nu zeggen: Ik heb als doel om de veiligheid te bevorderen door contant geld te weigeren. En dan is het volgens de rechtbank prima geregeld. Ook als er geen enkel veiligheidsprobleem is aangetoond. De rechtbank negeert alles wat ik naar voren heb gebracht met verwijzing naar het boek 'Juridische aspecten van contant geld' - geschreven door een deskundige van de Nederlandsche Bank. De rechtbank negeert ook artikel 5 lid 2 van de AVG, waarin staat dat een noodzaak voor het verwerken van persoonsgegevens aantoonbaar moet zijn. De rechtbank zegt eigenlijk dat de wens of het doel van de bioscoop om het zo te doen, gelijk moet worden gesteld aan een noodzaak om het zo te doen, zolang de bioscoop dat maar opschrijft in zijn algemene voorwaarden, die dan gelden als een contract. Dit is een vrijbrief voor willekeur. Contante betaling mag op deze manier om volstrekt subjectieve redenen worden geweigerd, ook als dat de privacy van klanten aantast. De bioscoop hoeft maar een magisch woord in de mond te nemen, zoals veiligheid, efficiëntie, hygiëne of wat dan ook - en dan creëert dat zogenaamd meteen een 'gerechtvaardigd, welbepaald en uitdrukkelijk omschreven doel' en dus ook een 'noodzaak' om persoonsgegevens te verwerken door middel van pinbetaling."*

Gevraagd wat hij nu gaat doen, zegt Jonker: *"Het is me al enige tijd duidelijk dat we in Nederland niet in een rechtsstaat leven, in ieder geval niet als het om privacy gaat, maar ook een aantal andere grondrechten worden door onze rechters niet serieus beschermd. Tijdens de zitting stelden deze rechters goede vragen, ze weten prima wat er hier op het spel staat. Maar toch doen ze dit. Ze volgen een bepaald script en negeren al het andere. Ik denk dat ze 's avonds met evenveel trots in de spiegel kunnen kijken als hun Russische en Chinese collega's. In mijn ogen heeft dit soort rechtspraak alles weg van de rechtspraak van een 'kangaroo court', het is niet meer dan de pretentie van rechtspraak - de keizer heeft erg weinig kleren meer aan. Met het oog hierop, moet ik nu eerst een keuze maken of ik in hoger beroep ga."*

*De Raad van State heeft in andere door mij gevoerde privacy-rechtszaken al duidelijk gemaakt hetzelfde script te volgen van instemming met contractueel vastgelegde willekeur. Dus ik heb geen enkele illusie dat die mij in hoger beroep in het gelijk zal stellen. Het heeft dus alleen zin in hoger beroep te gaan als ik daarna ook bereid ben om naar het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) te stappen, zoals ik onlangs heb gedaan in een zaak over privacy in het openbaar vervoer. Maar een stap naar het EHRM heeft weer alleen zin als ik aantoonbare schade heb geleden, anders wordt mijn zaak niet eens in behandeling genomen - en dan moet er opeens wèl heel duidelijk iets aangetoond worden, de rechters meten op dit punt met twee enorm verschillende maten.*

*De verwerkingsverantwoordelijke hoeft niets aan te tonen, maar de burger wiens gegevens verwerkt worden wel. De vraag is dan of het feit dat ik niet meer naar mijn plaatselijke arthouse-bioscoop kan omdat ik mijn privacy wil behouden, door het EHRM als 'significant nadeel' wordt beschouwd. Is het een significant nadeel om die mogelijkheid tot maatschappelijke participatie kwijt te raken? Ook is het dan de vraag wat voor bewijs het EHRM van mij eist. Hoe kan ik bewijzen dat ik iets niet heb gedaan omdat het mijn privacy zou aantasten? Kortom, het zou heel goed kunnen dat ik ondanks dat mooie Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en ondanks die mooie AVG, toch rechteloos ben als puntje bij paaltje komt. Maar zelfs in dat geval kan het nuttig zijn om naar het EHRM te stappen, om te laten zien en vast te leggen dat zelfs een burger die er alles aan doet, toch niet beschermd wordt. En dat Nederlandse èn Europese rechters het prima vinden als contante betaling wordt afgeschaft zonder een even privacy-vriendelijk alternatief. Ik zal hierover advies inwinnen."*

Indien Jonker besluit in hoger beroep te gaan, steunt Privacy First hem daarin. Contactverzoeken voor Michiel Jonker kunnen worden ingediend via Privacy First.<sup>84</sup>

\* \* \*

Ten tweede wil ik de verklaring citeren die privacy.NGO Noyb publiceerde naar aanleiding van het feit dat de AVG (GDPR) vier jaar van kracht is, gevolgd door een kort commentaar van mij:

## **Statement on 4 Years of GDPR**

*May 24, 2022*

**GDPR did not change a culture of non-compliance.** When the GDPR became applicable on 25 May 2018, it was perceived as a watershed moment. Comments were somewhere between the EU getting serious about privacy and the internet breaking down at midnight. The past four years have shown that a law alone does not change business models that are based on the abuse of personal data and a culture within the privacy profession that is often focusing on covering up non-compliance. After a first moment of shock, large part of the data industry has learned to live with GDPR without actually changing practices. This is mainly done by simply ignoring users' rights and getting away with it.

---

<sup>84</sup> Bron: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtsvelden/financiele-privacy/item/1169-rechtszaak-tegen-weigering-contant-geld-door-bioscoop.html> (gedownload 20 juni 2022)



**The GDPR culture: open mocking and hostility.** This often translates into fundamental rights are belittled. The fundamental right to data protection is not respected and perceived as a result of a long democratic process, but mocked as crazy or “impossible to comply with”. Authorities and non-profits that try to enforce the law as it stands experience open hostility and accusations, like that enforcement would “kill innovation”. Hardly any other area of law is politicized to that extent – at least I have never heard that building or tax codes were openly ignored with the argument that compliance would “undermine the business model” of a company. The privacy bubble accepts such narratives as a legitimate argument.

**GDPR compliance dynamics.** The GDPR has not (yet) managed to get out of a pre-existing condition: a downward spiral of more and more non-compliance and non-enforcement. Just like when parts of a city become a criminal “no go” zone that are abandoned by police, it seems that many data protection authorities have lost the upper hand on many areas of the digital sphere. Companies realize that competitors do not comply and that acting legally does not pay off. The wider non-compliance spreads, the harder it will get for authorities to gain back control with limited resources.

**Lack of enforcement by DPAs.** The lack of any real enforcement and hence the lack of a deterring effect on other companies puts more oil into this fire. Of about 50 cross-country cases that *noyb* has filed in the last four years, none have seen a final decision yet. Month by month without proper enforcement it will get harder to get this situation back on track. While some authorities seem to worry more about public perception if they actually would enforce the law, others seem to have realized the situation and do their best to get going. Nevertheless, the time is pressing and it seems that we are approaching a situation in which the GDPR will be fully ignored – just like the previous EU Data Protection Directive of 1995.

**Technical problems.** On the ground, authorities (and data subjects) often suffer from very technical problems created by different national procedures, limited resources, a lack of trained personal or courts that are quick to overturn decisions. These issues do not grab headlines, but are the reasons why by now *noyb* has to deal with procedural matters more than with privacy issues.

**First they ignore you, then they fight you, then you win.** Within this larger context, the role of *noyb* has seen a very interesting shift in 2022. Many players in the industry see it as an insult that users may actually demand compliance with the GDPR and may actually dare to go to courts over their rights. While the courts are usually the natural habitat of any lawyer, we see lawyers being increasingly outraged about our work. I personally see this as a sign of our outstanding success as a small organization that was still ignored one or two years ago.

**The way forward.** For many fundamental rights it took centuries to establish, defend and implement them. All of them are continuously under attack and need to be worked on every day. It should not come as a surprise that the same is true for the right to data protection. Authorities will need to learn that no one likes enforcement bodies – but that their role is crucial for our digital societies. Companies have to learn that there are consequences. Industry lawyers will have to learn that their views will be challenged before data protection authorities and courts. Privacy activists will have to learn that just passing a law is not enough – but we need to enforce it too. We are very much looking forward to work on this for the years to come.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> Bron: <https://noyb.eu/en/statement-4-years-gdpr> (retrieved: 19 June 2022)

\* \* \*

### **Commentaar Michiel Jonker naar aanleiding van de verklaring van Noyb:**

Ik herken me in de moed en vasthoudendheid van Noyb. Maar ik ben, wellicht als gevolg van mijn toch relatief eenzame strijd voor privacy in de afgelopen acht jaar, minder optimistisch gestemd als het gaat over de vooruitzichten om te komen tot een samenleving waarin privacy, andere mensenrechten en menselijke waardigheid worden gerespecteerd en gekoesterd.

Ik denk dat er een net zo reële kans bestaat dat onze rechten, ondanks het dappere werk van activisten zoals bij Noyb, BoF en Privacy First, zullen worden onderdrukt en vergeten, en dat onze menselijkheid ons zal worden afgenomen, of dat we met digitale, financiële en andere machtsmiddelen zullen worden gemanipuleerd om afstand te doen van steeds meer van onze menselijkheid. In ieder geval zullen we het behoud van onze menselijkheid niet cadeau krijgen.

De vraag is aan welke kant van de geschiedenis u als rechters wilt staan:

- als beschermers van de rechtsstaat;
- als collaborateurs in de afbraak van de rechtsstaat, zoals er zoveel worden vermeld in onze geschiedenisboeken met betrekking tot verschillende historische gebeurtenissen;
- als anonieme wegbereiders voor de afschaffing van menselijke herinnering en geschiedenis (dit in het geval dat er straks geen geschiedenisboeken meer zijn en de geschiedenis dagelijks digitaal wordt "geupdate" - lees: herschreven, zoals het regime in China nu al in toenemende mate probeert te doen).

Ik wens u wijsheid en een respectabele *legacy* toe, die dan dus een heel ander karakter heeft dan "Na ons de zondvloed".

## 5 Verzoek aan de Afdeling bestuursrechtspraak

### 5.1 Verzoek om het stellen van prejudiciële vragen

#### ***Misbruik van contractbegrip***

Een kernpunt in het onderhavige geschil tussen de AP en mij, is dat ik het onrechtmatig acht als de AP door middel van een beperkt-formalistische omgang met artikel 6 lid 1 onder b) AVG, het bestaan op zichzelf van met willekeur opgestelde algemene voorwaarden die strekken tot de verwerking van persoonsgegevens, toch opvat als een voldoende wettelijke grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens.

In een andere zaak heeft uw Afdeling (op 10 november 2021) geoordeeld dat het contractbegrip uit het Nederlandse civielrecht maatgevend is voor of er sprake is van een contract in de zin van artikel 6 lid 1 onder b) AVG, zonder dat u bereid was de implicaties hiervan rechtstreeks te toetsen aan artikel 8, tweede lid EVRM. Op deze manier is er sprake van misbruik van het Nederlandse civielrechtelijke contractbegrip als pseudo-excuus om hogere regelgeving, namelijk artikel 8 EVRM, te ontduiken.

#### ***Ontbreken van welbepaaldheid en uitdrukkelijke omschrevenheid***

In artikel 5 AVG wordt bepaald dat de doelen waarvoor persoonsgegevens worden verwerkt, niet alleen gerechtvaardigd, maar ook "welbepaald" en "uitdrukkelijk omschreven" moeten zijn. Tot dusverre is de interpretatie van Nederlandse rechters, waaronder rechters van uw Afdeling, geweest dat een algemene bewering, bijvoorbeeld dat het doel "veiligheid" is, of "efficiëntie" of "fraudepreventie", al voldoende is om te voldoen aan de criteria van welbepaaldheid en uitdrukkelijke omschrevenheid. Op deze wijze wordt artikel 5 AVG gereduceerd tot een farce en wordt de noodzaak van de betreffende gegevensverwerking niet aangetoond. Het is de vraag welke eisen internationale rechters stellen aan de interpretatie van de criteria "welbepaaldheid" en "uitdrukkelijke omschrevenheid".

#### ***Verwarring tussen gerechtvaardigdheid en noodzaak***

Daarnaast heeft uw Afdeling in uw uitspraken van 10 november 2021 (zie paragraaf 1.1) blijk gegeven van de opvatting dat verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van een doel dat "gerechtvaardigd" is zoals bedoeld in de AVG, automatisch ook "noodzakelijk is in een democratische samenleving" zoals bedoeld in artikel 8, tweede lid van het EVRM, en dat het daarom, ondanks de wettelijke verplichting om besluiten rechtstreeks te toetsen aan van toepassing zijnde internationale verdragen zoals het EVRM, voor uw Afdeling toch niet nodig is om dat te doen.

#### ***Verzoek om prejudiciële vragen te stellen***

Deze en andere kernpunten komen aan de orde in mijn verzoekschrift van 25 februari 2022 aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), dat is bijgevoegd bij dit hoger beroepschrift.

Met het oog daarop verzoek ik u om over deze en andere relevante kernpunten prejudiciële vragen te stellen aan de daartoe bevoegde Europese en/of internationale rechter, bijvoorbeeld het Europese Hof van Justitie en/of het EHRM, voordat u in deze zaak uitspraak doet.

## 5.2 Verzoek om vernietiging uitspraak rechtbank en besluit op bezwaar

In de onderhavige zaak verzoek ik de Afdeling bestuursrechtspraak om:

- vernietiging van de uitspraak van de rechtbank;
- vernietiging van het besluit op bezwaar van de AP;
- het benoemen van het belang van de (infrastructuur van) contante betaling voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van mij en andere Nederlandse burgers;
- het benoemen van de publieke functie van Focus Filmtheater en de relevantie daarvan voor het belang van de privacy-vriendelijke toegankelijkheid van deze arthouse-bioscoop en de bijbehorende horeca, met het oog op de maatschappelijke participatie van mij en andere Nederlandse burgers;
- het benoemen van het risico dat er, indien er stapsgewijs op steeds meer plekken contante betaling wordt geweigerd, een onomkeerbaar en onbeheersbaar proces ontstaat dat leidt tot het verlies van een functionerende infrastructuur voor contante betaling;
- het benoemen van de relevantie van het onder het vorige gedachtestreepje genoemde risico voor de weging van de proportionaliteit van de onvrijwillige gegevensverwerking die het gevolg is van de weigering van contante betaling;
- het geven van een opdracht aan de AP om deze aspecten te betrekken in een nieuw te nemen besluit op bezwaar;
- het veroordelen van de AP tot vergoeding van het door mij betaalde griffierecht en eventuele proceskosten.

Met vriendelijke groet,

M.W. Jonker

Bijlagen:

- 1 Bestreden uitspraak rechtbank Gelderland d.d. 16 mei 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:2431)
- 2 Hoofdttekst van verzoekschrift Jonker d.d. 25 februari 2022 aan het EHRM inzake privacy in het OV - ***Privacy in Public Transport - A Railroad to Surveillance? Piecemeal Elimination of Privacy by Discriminatory Means***