



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Rechtsbescherming tegen bestuurlijke gegevensverwerkingen: toegang, toetsing en schadevergoeding

Çapkurt, F.

Citation

Çapkurt, F. (2024, December 4). *Rechtsbescherming tegen bestuurlijke gegevensverwerkingen: toegang, toetsing en schadevergoeding*. *Staats- en Bestuursrecht Wetenschap*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4171048>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4171048>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Aanleiding

Een woord komt voor opname in de Dikke Van Dale in aanmerking als het gedurende een langere tijd voorkomt in kranten, tijdschriften, boeken en op het internet. Het zelfstandig voornaamwoord 'AVG' is in de Dikke Van Dale opgenomen. AVG verwijst in dit verband naar de *Algemene verordening gegevensbescherming*.¹ De opname van dit woord in het woordenboek vond plaats in februari 2018, nog voordat de AVG op 28 mei van dat jaar van toepassing werd.² Dit laat zien hoe groot toen al het maatschappelijk bewustzijn over de AVG was. Bij haar voorganger lag dat anders. De Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), die gebaseerd was op Richtlijn 95/46 uit 1995, leidde juist een geïsoleerd bestaan. Pas zes jaar na haar inwerkingtreding werd de afkorting 'Wbp' in het woordenboek opgenomen.

Deze constatering indachtig, kan de vraag worden gesteld waarom de AVG, meer dan de Wbp, heeft gezorgd voor bewustwording over gegevensbeschermingsregels.³ In de literatuur is gesteld dat dit te maken zou kunnen hebben met artikel 83 AVG. Krachtens deze bepaling kunnen nationale toezichthouders forse boetes opleggen in geval van een schending van gegevensbeschermingsregels. Onder de Wbp konden zij een dergelijke schending nauwelijks sanctioneren.⁴

De AVG wordt echter niet alleen serieuzer genomen omdat zich een wijziging in de wereld van het recht heeft voorgedaan. Gelijktijdig hieraan heeft zich een meer fundamentele verandering voltrokken in de rechtsstatelijke verhouding tussen de burger en het

1 Het zelfstandig naamwoord 'AVG' kan ook verwijzen naar de in de Nederlandse keuken welbekende maaltijd bestaande uit aardappelen, vlees en groenten.

2 Art. 99, tweede lid, AVG.

3 Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening 2024, p. 248: "Maatschappelijke en politieke bewustwording rondom het belang van de bescherming van persoonsgegevens en de implicaties daarvan voor het waarborgen van grondrechten komt pas op gang na de invoering van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG)."

4 De bestuurlijke boete die het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) kon opleggen bedroeg lange tijd slechts maximaal € 4500. Pas met het oog op de inwerkingtreding van de AVG breidde de wetgever in 2015 door middel van de Wet meldplicht datalekken en uitbreiding bestuurlijke boetebevoegdheid Cbp de boetebevoegdheid van dit college uit. Zie hierover in detail *Stcrt*, 15 januari 2016, nr. 2043, p. 8. Ook was het CBP tot 2005 onbevoegd bestuurlijke boetes op te leggen voor gegevensverwerkingen die niet waren gemeld in het openbaar register. Zie hierover ABRvS 21 september 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU2998 (*Boetebevoegdheid CBP*).

overheidsbestuur.⁵ Deze verhouding is door de voortschrijdende technologisering namelijk ingrijpend gewijzigd. Burgers genereren, bewust en onbewust, aan de lopende band gegevens over zichzelf. De opkomst en ontwikkeling van apparaten die aan het internet verbonden zijn – *The Internet of Things* (IoT) – heeft hierin een belangrijke rol gespeeld. Zo kunnen apparaten als wifitrackers, mobiele telefoons, slimme camera's, sensoren en microfoons in de publieke ruimte ongemerkt *real time* gegevens over burgers genereren. Bezien tegen deze achtergrond zijn de online- en de offlinewereld steeds meer vervlochten geraakt. In de literatuur wordt ook wel gesproken van een 'onlife world'.⁶

Door deze technologisering is het voor bestuursorganen steeds eenvoudiger geworden om persoonsgegevens van burgers te verzamelen en ze te gebruiken voor het nemen van besluiten, het uitvoeren van publieke taken en het voldoen aan wettelijke plichten. Zo kon de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO), door bij het private bedrijf achter de OV-chipkaart in- en uitcheckgegevens van studenten op te vragen, controleren of rechtmatig gebruik was gemaakt van de studiebeurs voor uitwonenden.⁷ De belastinginspecteur kon aan de hand van foto's die de politie had verkregen via *Automatic Number Plate Recognition* (ANPR) inzicht krijgen in het onrechtmatig gebruik van zakelijke leaseauto's en dit sanctioneren.⁸ Gemeentebesturen konden met GPS-peilbakens en camera's de reisbewegingen van bijstandsontvangers in kaart brengen en zo onderzoeken of rechtmatig een beroep was gedaan op voorzieningen voor levensonderhoud.⁹

Bestuursorganen kiezen er in toenemende mate voor om de verzamelde gegevens niet door een mens, maar door vormen van artificiële intelligentie (AI) te laten analyseren.¹⁰ Het algoritme koppelt en analyseert dan grote hoeveelheden persoonsgegevens met als doel hieruit nieuwe patronen en inzichten te destilleren. In theorie ondersteunt het algoritme dan de beslismedewerker in de uitvoering. In de praktijk ontstaat soms echter een *disbalans* tussen de autoriteit van het algoritme en die van het bestuur.¹¹ In het eindrapport '*Klem tussen balie en beleid*' van de Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties verwoordt het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) deze ontwikkeling als volgt: het "UWV ging met beslisregels in toenemende mate beslissingen baseren op basis van beschikbare data: dat werkt zo efficiënt mogelijk. De beslisruimte voor de uitvoerder werd

5 *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, nr. 557 (Ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen) en Zwenne & Schmidt 2016, p. 338-339.

6 Hildebrandt 2014, p. 186. Zie hierover ook Februari 2023, p. 24.

7 CRvB 8 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269 (*DUO/Translink*).

8 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286 (*ANPR I*); HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:287 (*ANPR II*); HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:288 (*ANPR III*).

9 CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947 (*Inzet peilbaken bijstand*); CRvB 13 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3479 (*Cameratoezicht bijstand*).

10 Zwenne & Schmidt 2016, p. 315-317; Van Eck, Bovens & Zouridis 2018, p. 3012-3013; Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat 2019, p. 19; WRR 2021, p. 11-12; Klievink 2021, p. 3-12; Hirsch Ballin 2021, p. 16; Widlak 2021, p. 20-21; Meuwese 2023, p. 3. De WRR omschrijft AI als een revolutionaire systeemtechnologie, vergelijkbaar met de stoommachine, elektriciteit en computer. Zie hierover WRR 2021, p. 5.

11 Hirsch Ballin 2021.

hierdoor steeds verder beperkt. De blik op de mens maakte plaats voor de blik op de data. Het is, volgens ons, hier waar de 'menselijke maat' vaak in de knel is geraakt."¹²

De risico's van dergelijk datagestuurd handelen deden zich ook voor in de Toeslagenaffaire.¹³ Sommige burgers werden vanwege een uitworp door het fraude-opsporingsalgoritme 'risicoclassificatiemodel' opgenomen in de Fraude Signalering Voorziening (FSV). Dit betrof een zogeheten 'zwarte lijst' van de Belastingdienst waarin fraudesignalen werden bijgehouden. Bijna een kwart miljoen burgers – waaronder kinderen – waren hierin geregistreerd. Binnen de Belastingdienst bestond geen eenduidig beeld over de betekenis van een FSV-registratie. Zo vatten sommige medewerkers van de Belastingdienst een FSV-registratie op als *bewezen* fraude, terwijl enkel sprake was van *mogelijke* fraude. Opname in de FSV had vergaande gevolgen voor de rechten en belangen van individuen. Burgers die toeslagen moesten terugbetalen hadden normaliter recht op een beslagvrije voet, kwijtschelding, een persoonlijke afbetalingsregeling en minnelijke schuldsanering.¹⁴ Maar burgers die in de FSV waren opgenomen en een hoge belastingschuld hadden kregen een andere behandeling.¹⁵ Tegen hen trad de Belastingdienst zeer hardvochtig op. Men ging ervan uit dat zij niet te goeder trouw hadden gehandeld.¹⁶ Zij kregen de kwalificatie 'opzet/grove schuld', waardoor ze geen persoonlijke betalingsregeling meer konden treffen.¹⁷ De schuld moest dan binnen 24 maanden worden terugbetaald. Lukte dit niet, dan volgde beslaglegging en dwanginvordering. Tegen de registratie in de FSV konden burgers niet opkomen, omdat ze hiervan niet op de hoogte waren.

Onderzoek wees uit dat de kwalificatie 'opzet/grove schuld' in 96% van de gevallen ten onrechte is toegekend.¹⁸ Het is echter zeer lastig om te achterhalen wat de negatieve gevolgen hiervan zijn geweest voor individuele burgers. Wél is duidelijk dat deze onterechte bestempeling een zekere olievlekwerking heeft gehad.¹⁹ Achteraf bleek namelijk dat de Belastingdienst FSV-informatie ook heeft gedeeld met andere bestuursorganen (waaronder het UWV en de Sociale Verzekeringsbank), private partijen (zorgverzekeraars en consultancybureaus) en maatschappelijke organisaties (zoals bewindvoerders).²⁰ Daardoor valt niet uit te sluiten dat burgers ook buiten de sfeer van de fiscaliteit zijn benadeeld vanwege FSV-registraties. Burgers, maar ook overheidsinstanties, zijn zo verder verstrikt geraakt in de vervuilde 'datakluwen' van de overheid, met alle negatieve gevolgen van dien.²¹

12 Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties 2021, p. 79.

13 Zie over de risico's van datagestuurd handelen in detail: Raad voor het Openbaar Bestuur 2021, p. 17-43.

14 *Kamerstukken II* 2019/20, 31066, nr. 681, p. 4-7. KPMG 2020b, p. 33; Omtzigt 2021, p. 125-126; PwC 2021a, p. 14. Zie hierover in detail paragraaf 4.6.1.1.

15 Van Eck, Van Hout & Weijers 2022, p. 1606.

16 Zie ter illustratie: Hof Arnhem-Leeuwarden 25 januari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:488 (X/*Belastinginspecteur Emmen*).

17 Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 18.

18 *Kamerstukken II* 2020/21, 31066, nr. 715, p. 21.

19 Van Eck, Van Hout & Weijers 2022, p. 1611-1612.

20 PwC 2021b, p. 12.

21 De term 'datakluwen' is afkomstig uit: WRR 2011, p. 221.

1.2 De ontmoeting van twee rechtsgebieden

Vanwege technologische ontwikkelingen is het voor bestuursorganen steeds eenvoudiger geworden om op grote schaal persoonsgegevens van burgers te verzamelen en deze te gebruiken voor het nemen van besluiten en het uitvoeren van publieke taken. Deze technologisering heeft tot gevolg dat in de publieke sector steeds meer belang toekomt aan het gegevensbeschermingsrecht. Dit recht legt immers de verwerking van persoonsgegevens door de overheid aan banden, ongeacht of deze verwerking door een mens of een algoritme is verricht.

De afgelopen jaren is het gegevensbeschermingsrecht getransformeerd.²² Tot de jaren negentig van de vorige eeuw was de bescherming van persoonsgegevens hoofdzakelijk een nationale aangelegenheid.²³ Normen van gegevensbescherming waren toen deels neergelegd in een Nederlandse wet, te weten de Wet persoonsregistraties (WPR). Vanaf de jaren negentig is dit rechtsgebied met de inwerkingtreding van Richtlijn 95/46 echter in toenemende mate 'geëuropeaniseerd'. Deze ontwikkeling, zo signaleert de Afdeling advisering van de Raad van State (Afdeling advisering) in 2017, heeft ook constitutionele implicaties. Sterker, volgens dit Hoog College van Staat is er zelfs sprake van een 'een constitutioneel relevante verschuiving: het grondrecht op bescherming van persoonsgegevens wordt als gevolg van de AVG hoofdzakelijk geregeld en bepaald op EU-niveau'.²⁴ De Afdeling advisering heeft de verwachting uitgesproken dat de Europese integratie op dit terrein de aankomende jaren zal toenemen.²⁵

Desondanks speelt het nationale recht nog steeds een essentiële rol in het verwezenlijken van Europese gegevensbeschermingsregels. Toepassing van het gegevensbeschermingsrecht, evenals rechtsbescherming, is namelijk een nationale aangelegenheid. Zij behoren tot de verantwoordelijkheid van nationale bestuursorganen en rechters die handelen op basis van nationaal procesrecht, in het bijzonder dat van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).²⁶ De nationale bestuursrechter, zo merkt Wissels op, opereert in dit verband ook als *Europese rechter*.²⁷ Als *juge de droit commune* heeft hij volgens Ortlep en Widdershoven tot taak 'een effectieve doorwerking van het Unierecht in de lidstaat te verzekeren en te garanderen dat de voorrang en rechtstreekse werking van het Unierecht wordt gerealiseerd'.²⁸ Tegelijkertijd kan de bestuursrechter deze taak alleen vervullen binnen de kaders van het nationale procesrecht.

22 In hoofdstuk 2 zal deze transformatie worden toegelicht.

23 Hoofdzakelijk, maar niet exclusief. Hier wordt in paragraaf 2.2 nader op ingegaan.

24 *Kamerstukken II* 2017/18 34851, nr. 4, p. 1 (Advies Afdeling advisering van de Raad van State inzake de AVG en de Uitvoeringswet AVG). Dat deze verschuiving al met de inwerkingtreding van Richtlijn 95/46 was gestart werd ook door de Wbp-wetgever erkend. Zie hierover *Kamerstukken I* 1999/2000, 25892, nr. 92c, p. 7.

25 *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 4, par. I.2 (Advies Afdeling advisering van de Raad van State inzake de Uitvoeringswet AVG).

26 Widdershoven 2014, p. 10.

27 Wissels 2022, p. 400.

28 Ortlep & Widdershoven 2017, p. 411.

Dit heeft ook implicaties voor de doorwerking van het Europees gegevensbeschermingsrecht in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Een betrokkene die voornemens is in rechte op te komen tegen de verwerking van zijn persoonsgegevens is afhankelijk van de aanwezigheid van een *besluit*. In het Nederlands bestuursprocesrecht kan namelijk alleen toegang tot rechtsbescherming worden verkregen wanneer er een besluit in het spel is. Het besluit is niet enkel bepalend voor de bevoegdheid van de bestuursrechter, maar vormt tevens het object van de heroverweging (in bezwaar) en de rechtelijke toetsing (in beroep of hoger beroep). Met andere woorden: een betrokkene kan pas ageren tegen de verwerking van zijn gegevens door een bestuursorgaan en Europese gegevensbeschermingsregels effectueren, wanneer deze verwerking op enige wijze zelf geldt als, of verband houdt met, een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, Awb. Dit maakt dat het van groot belang is, zowel voor burgers als bestuursorganen, om te weten hoe het besluitbegrip wordt toegepast in gegevensbeschermingsrechtelijke geschillen.

1.3 Stand van het bestuursrechtelijk debat

Door de voortschrijdende technologisering kunnen bestuursorganen als gezegd steeds eenvoudiger informatie over burgers verzamelen, koppelen en met algoritmen analyseren om zo nieuwe informatie te genereren. Vanwege deze ontwikkeling, en de snelheid waarmee zij zich voltrekt, komt aan het Europees gegevensbeschermingsrecht, en de wijze waarop dit recht doorwerkt in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, een steeds grotere betekenis toe.

De afgelopen jaren is het (Europees) gegevensbeschermingsrecht in verschillende dissertaties voorwerp van onderzoek geweest. Zo hebben bijvoorbeeld Lynskey, González Fuster, Hijmans en eerder Overkleef-Verburg de grondslagen van dit recht nader onderzocht.²⁹ Ook is in verschillende onderzoeken de wisselwerking tussen het Europees gegevensbeschermingsrecht en het privaatrecht uitgediept. Zo heeft Cuijpers onderzocht of Richtlijn 95/46 niet in de Wbp, maar in het Burgerlijk Wetboek (BW) opgenomen had moeten worden. Purtova heeft in haar proefschrift geanalyseerd of het mogelijk is om op persoonsgegevens privaatrechtelijke eigendomsrechten te vestigen.³⁰ Door Reijneveld is in kaart gebracht hoe de AVG zich verhoudt tot de regels en beginselen van de Faillissementswet.³¹ En het proefschriftonderzoek van Walree behandelt de privaatrechtelijke handhaving van de AVG.³²

Tot op heden is in de rechtswetenschap, op de proefschriften van Groothuis en Snippe na, echter opvallend weinig aandacht besteed aan de doorwerking van het Europees gegevensbeschermingsrecht in het bestuursrecht.³³ Dat lijkt met name te komen doordat beoefenaren van het bestuursrecht, zowel in de wetenschap als in de praktijk, lange

29 Overkleef-Verburg 1995; González Fuster 2014; Lynskey 2015; Hijmans 2016. Het proefschrift van Overkleef-Verburg ziet niet zozeer op het Europees gegevensbeschermingsrecht, maar op de Wet persoonsregistraties, de eerste en enige uitsluitend nationale gegevensbeschermingswet.

30 Purtova 2011.

31 Reijneveld, *Gegevensbescherming in faillissement* (O&R nr. 136) 2023.

32 Walree, *Schadevergoeding bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens* (O&R nr. 126) 2021.

33 Groothuis 2004; Snippe, *De integratie van fiscale gegevens in het rijksbrede toezicht* (FM nr. 155) 2018.

tijd een blinde vlek hebben gehad voor het Europees gegevensbeschermingsrecht en de doorwerking ervan in het bestuursrecht. Dit heeft geleid tot een gescheiden bestudering van beide rechtsgebieden.³⁴ Pas sinds de komst van de AVG is hierin verandering gekomen.³⁵ Sindsdien vindt het belang van het Europees gegevensbeschermingsrecht brede erkenning onder bestuursrechtjuristen.

Het feit dat het Europees gegevensbeschermingsrecht lange tijd een relatief onbekend bestaan heeft geleid in bestuursrechtelijke kringen, heeft ook consequenties gehad voor het wetenschappelijk inzicht in de wijze waarop rechtsbescherming is georganiseerd tegen de verwerking van persoonsgegevens door bestuursorganen. In het Wbp-tijdperk werd opvallend weinig tot geen aandacht besteed aan de vraag hoe een burger wiens persoonsgegevens waren verwerkt, in rechte kon opkomen tegen de bestuurlijke verwerking van zijn gegevens. Deze onduidelijkheid doet zich nog steeds voelen, de grotere bekendheid van de AVG niettegenstaande.

1.4 Doel van het onderzoek

Dit proefschrift tracht deze lacune te adresseren en inzichtelijk te maken hoe bestuursrechtelijke rechtsbescherming is georganiseerd tegen de verwerking van persoonsgegevens door Nederlandse bestuursorganen. Meer specifiek onderzoekt het hoe een betrokkene – degene wiens persoonsgegevens worden verwerkt – via het bestuursrecht kan opkomen tegen de wijze waarop een bestuursorgaan zijn gegevens heeft verwerkt. Hiermee wordt beoogd om:

1. in kaart te brengen hoe de grondslagen van het Europees gegevensbeschermingsrecht en die van het Nederlands bestuursrecht zich tot elkaar verhouden;
2. te onderzoeken hoe in wetgeving de doorwerking van het Europees gegevensbeschermingsrecht in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is geregeld;
3. te onderzoeken in hoeverre het Europees gegevensbeschermingsrecht kan doorwerken in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

1.5 Centrale onderzoeksvraag

Bovengenoemde onderzoeksdoelstellingen indachtig, staat in dit proefschrift de volgende onderzoeksvraag centraal:

In hoeverre kan het Europees gegevensbeschermingsrecht doorwerken in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, zodat burgers rechtsbescherming kunnen verkrijgen tegen de bestuurlijke verwerking van hun persoonsgegevens?

Dit proefschriftonderzoek is primair doctrinair van aard omdat het de doorwerking van het Europees gegevensbeschermingsrecht in het stelsel van bestuursrechtelijke

34 Çapkurt 2020, p. 185. Zie hierover ook Pro Facto & Hooghiemstra en Partners 2022, p. 118. Met name de Wbp werd gezien als een lastig en inflexibel stuk wetgeving. Dat zou deels te maken hebben met haar omnibuskarakter. Zie: Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens 2007. Zwenne sprak in zijn Leidse oratie zelfs over de 'Verwaterde privacywet': Zwenne 2013, p. 3.

35 Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening 2024, p. 248.

rechtsbescherming in kaart brengt. Deels heeft het echter ook een rechtshistorisch karakter. Zoals eerder in dit hoofdstuk is toegelicht, is het huidige Europees gegevensbeschermingsrecht, zoals neergelegd in de AVG, namelijk niet uit de lucht komen vallen. Integendeel, het is het resultaat van een rechtsontwikkeling die al in de jaren negentig met de inwerkingtreding van Richtlijn 95/46 in gang is gezet. De AVG continueert in belangrijke mate de systematiek en materiële normering van deze richtlijn, waaronder de hierin vervatte kernbegrippen en beginselen.³⁶ Hetzelfde geldt voor de wijze waarop doorwerking van het huidige én oude Europees gegevensbeschermingsrecht is geregeld. Het systeem voor rechtsbescherming in de Uitvoeringswet AVG is een-op-een overgenomen uit het oude recht, de Wbp. De rechtsbeschermingssystematiek van de Wbp vormde weer een reactie op de ervaringen die met de WPR waren opgedaan. Om de systematiek voor rechtsbescherming in de Uitvoeringswet AVG te kunnen doorgronden, is het derhalve van belang om ook die van de Wbp en de WPR in ogenschouw te nemen. Alleen door te kijken naar het verleden kan een volledig beeld worden verkregen van de wijze waarop heden ten dage het Europees gegevensbeschermingsrecht doorwerkt in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Immers: “wie het verleden niet kent”, aldus de Franse historicus Marc Bloch, “kan onmogelijk het heden begrijpen.”³⁷

Verduidelijking van elementen van de onderzoeksvraag

Twee termen uit de centrale onderzoeksvraag behoeven nadere uitleg, te weten ‘het Europees gegevensbeschermingsrecht’ en ‘het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming’.

Allereerst de term ‘Europees gegevensbeschermingsrecht’. Het Europees gegevensbeschermingsrecht, zoals neergelegd in de AVG, wordt in de media, de Dikke Van Dale en soms ook in juridische vakbladen en handboeken, omschreven als de ‘Europese privacywet’. Maar dit klopt niet. De AVG is namelijk géén privacywet. Sterker, het woord ‘privacy’ komt in de tekst van de verordening niet voor. Hoe komt het dan dat de AVG door velen toch wordt getypeerd als een privacywet? Om dit te kunnen begrijpen is het van belang om kort een uitstapje te maken naar het jaar 1890. Het klassieke privacybegrip is toen voor het eerst door de Amerikaanse juristen Warren en Brandeis geïntroduceerd.³⁸ Zij omschreven het recht op privacy als ‘*the right to be left alone*’.³⁹ In lijn met deze omschrijving wordt ook in Nederland privacy vaak opgevat als ‘het recht om met rust te worden gelaten’.⁴⁰

36 Tegelijkertijd heeft de AVG ook een aantal vernieuwingen geïntroduceerd. Nieuw is bijvoorbeeld het verbod op besluitvorming dat gebaseerd is op profilering. Zie hierover in detail paragraaf 4.3.1.

37 Bloch 1952, p. 13.

38 Warren & Brandeis 1890, p. 193-220.

39 Warren & Brandeis 1890, p. 193.

40 De Brauw & Van Veen 1965; Kuitenbouwer 1991; Blok 2002, p. 319.

Het recht op privacy en het recht op gegevensbescherming verschillen echter fundamenteel van aard.⁴¹ Het recht op privacy, zo legt Blok uit, beschermt een 'nauw omlijnde, maar relatief onschendbare persoonlijke levenssfeer tegen bemoeienis van buitenstaanders'.⁴² Dit fundamentele recht bestaat uit verschillende componenten, waaronder het recht op ruimtelijke privacy (het huisrecht), fysieke privacy (lichamelijke integriteit) en communicatieve privacy (het briefgeheim).⁴³ Het gegevensbeschermingsrecht tracht daarentegen niet het privéleven van de burger af te schermen, maar de verwerking van zijn persoonsgegevens te normeren.⁴⁴ Dat doet het door deze verwerking aan zorgvuldigheidsnormen te onderwerpen.⁴⁵ Bezien tegen deze achtergrond zal in dit proefschrift consequent worden gesproken over gegevensbeschermingsregels, en niet over privacyrecht.⁴⁶

Met het oog op de deels rechtshistorische inslag van het onderzoek is er bovendien bewust voor gekozen om de doorwerking van het Europees gegevensbeschermingsrecht te onderzoeken en niet louter 'de AVG'. De term 'Europees gegevensbeschermingsrecht' is inclusiever, omdat ook de voorgangers van de AVG, te weten Richtlijn 95/46 en de Wbp, hieronder vallen. Toch wordt niet al het gegevensbeschermingsrecht in het onderzoek betrokken. Uit artikel 2, tweede lid, onderdeel d, AVG volgt namelijk dat de verordening niet van toepassing is op de verwerking van persoonsgegevens die lidstatelijke actoren verrichten met het oog op de voorkoming, opsporing en vervolging van strafbare feiten. Als gevolg hiervan zullen de Wet Politiegegevens en de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens – waarin Richtlijn 2016/680 is geïmplementeerd – niet in het onderzoek worden betrokken.

Dan de term 'stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming'. Dit onderzoek richt zich op drie aspecten van dit stelsel, die allen verband houden met het besluitbegrip. Het eerste aspect betreft *toegang* tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Deze toegang omvat zowel toegang tot de bezwaarschriftprocedure, alsmede toegang tot de bestuursrechter. Onderzocht wordt in hoeverre de betrokkene via het bestuursorgaan toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming kan verkrijgen, indien hij stelt dat het bestuur zijn gegevens onrechtmatig heeft verwerkt.

41 Zie bijvoorbeeld: Prins 2004, p. 45-46. Dit werd ook erkend door de wetgever ten tijde van de implementatie van Richtlijn 95/46 in de Wbp. "Er is inderdaad veel meer privacyrecht dan de bescherming van persoonsgegevens, bijvoorbeeld huisrecht, lichamelijke integriteit, onder meer beschermd via de zedelijkheidswetgeving, familielevens zoals onder meer uitgewerkt in het vreemdelingenrecht, en de communicatievrijheid die het aftappen door de overheid aan strikte regels bindt." Zie: *Kamerstukken I 1999/2000*, 25892, nr. 92c, p. 17-18 en Kranenburg & Verhey 2018, p. 3.

42 Blok 2002, p. 319. Hij kreeg op dit punt bijval van Hirsch Ballin: Prins 2003, p. 57-58.

43 Koops 2019.

44 Hustinx 2024, p. 457-458.

45 Blok 2002, p. 126.

46 Tussen het recht op privacy en gegevensbescherming bestaat wel een zekere overlap. Volgens Koops heeft privacy 'bijna altijd een component van persoonsgegevens, maar privacy bestaat bijna altijd ook uit een aspect dat niet kan worden gereduceerd tot persoonsgegevens'. Zie hierover Koops 2019, p. 535. Tevens merkt Koops op dat het gegevensbeschermingsrecht tegenwoordig zo dominant is geworden dat daardoor andere aspecten van het recht op privacy vaak vergeten worden. "Met de Algemene Verordening Gegevensbescherming ligt er sinds 2018 een op papier krachtig wetgevingsinstrument om persoonsgegevens te beschermen, maar niet elk privacyprobleem is een spijker die je met de AVG-hamer te lijf kunt of moet gaan." Zie hierover Koops 2019, p. 537.

Het tweede aspect betreft *toetsing*. Daarbij staat de vraag centraal of, en zo ja, hoe, de betrokkene in bezwaar dan wel (hoger) beroep de rechtmatigheid van een verwerking ter discussie kan stellen. Geanalyseerd wordt in hoeverre het bestuursorgaan in bezwaar, en de bestuursrechter in (hoger) beroep, bevoegd zijn om de rechtmatigheid van een gegevensverwerking te toetsen. Ook hier geldt dat in het bijzonder aandacht zal worden besteed aan de toepassing van het besluitbegrip. Het besluit geldt in dit opzicht niet alleen als rechtsingangscriterium, maar vormt tevens het object van de bestuursrechtelijke heroverweging in bezwaar en de rechterlijke toetsing in (hoger) beroep.

Het derde aspect betreft *schadevergoeding*. Het Europees gegevensbeschermingsrecht kent verschillende remedies die gericht zijn op rechtsherstel en daarmee bijdragen aan de effectiviteit van dit recht.⁴⁷ Gekozen is om de doorwerking van een van deze remedies, te weten het recht op schadevergoeding, te onderzoeken. Daarbij staat de vraag centraal in hoeverre de betrokkene wiens gegevens door een bestuursorgaan onrechtmatig zijn verwerkt via het bestuursrecht zijn recht op schadevergoeding kan effectueren. De keuze om enkel deze remedie te onderzoeken vloeit logischerwijs voort uit de centrale onderzoeksvraag. De realisatie van deze remedie raakt namelijk sterk aan het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. In de effectuering van het recht op schadevergoeding in de bestuursrechtelijke context speelt het besluitbegrip namelijk een sleutelrol.⁴⁸ De bestuursrechter kan, kort gezegd, namelijk pas optreden als schadevergoedingsrechter indien er sprake is van een onrechtmatig besluit. Door de analyse te beperken tot een remedie waarin het besluitbegrip een rol speelt, kan beter aansluiting worden gevonden bij de twee andere aspecten van rechtsbescherming – toegang en toetsing – waar dit begrip eveneens een belangrijke rol speelt.

1.6 Afbakening van het onderzoek

Er is bewust voor gekozen vier thema's die raken aan de centrale vraagstelling niet zelfstandig in het onderzoek te betrekken.

Het eerste thema betreft toegang tot rechtsbescherming via de Autoriteit Persoonsgegevens. Net als Richtlijn 95/46 en de Wbp, schrijft de AVG voor dat de betrokkene twee beroepsmogelijkheden moet hebben om op te komen tegen op hem betrekking hebbende gegevensverwerkingen. In de eerste plaats kan hij op grond van artikel 79 AVG een doeltreffende voorziening in rechte instellen tegen de verwerkingsverantwoordelijke. In de tweede plaats kan de betrokkene op grond van artikel 77 AVG bij de toezichthouder een klacht indienen over de wijze waarop de verwerkingsverantwoordelijke zijn gegevens heeft verwerkt.⁴⁹ Op grond van artikel 57, eerste lid, onderdeel f, AVG is de Autoriteit Persoonsgegevens gehouden om een dergelijke klacht te onderzoeken in de mate waarin dat

47 Zo kan de toezichthouder corrigerende maatregelen opleggen. Hij kan de verwerkingsverantwoordelijke berispen: hem een tijdelijke of definitieve verwerkingsbeperking, zoals een verwerkingsverbod, opleggen, hem verplichten de verwerking in overeenstemming met gegevensbeschermingsregels te brengen of hem een bestuurlijke boete opleggen.

48 Art. 8:88, eerste lid, Awb.

49 De betrokkene heeft het recht om een doeltreffende voorziening in rechte in te stellen tegen een hem betreffend juridisch bindend besluit van de toezichthouder. Dit volgt uit art. 78, eerste lid, AVG.

passend is. Dit betekent dat de toezichthouder discretionaire ruimte heeft om AVG-klachten te behandelen.⁵⁰ Tot juni 2023 was in beleidsregels vastgelegd hoe de AP hieraan invulling gaf.⁵¹ Per 1 juli 2023 zijn deze echter komen te vervallen.⁵²

De wijze waarop de betrokkene via de toezichthouder kan ageren tegen een bestuurlijke gegevensverwerking wordt, als gezegd, in dit proefschrift buiten beschouwing gelaten. Al in het Wbp-tijdperk was het voor betrokkenen lastig om deze toegang te verkrijgen.⁵³ In rechterlijke procedures nam de toezichthouder het standpunt in dat hij niet gehouden was klachten van individuele betrokkenen in behandeling te nemen. Hij stelde dat hij 'niet optreedt in individuele gevallen omdat hij het publieke belang behartigt en omdat burgers in een individueel geval gebruik moeten maken van eigen rechtsmiddelen (...)'.⁵⁴ Daarmee werd bedoeld dat de betrokkene zich voor 'individuele rechtsbescherming' moest wenden tot de civiele rechter.⁵⁵ Vanwege dit beleid nam de toenmalige toezichthouder, het CBP, klachten van individuen in het geheel niet in behandeling. In een geschil tussen twee betrokkenen en het CBP bevestigde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) dit:

"Naar het oordeel van de Afdeling laten de bewoordingen van de (...) de Beleidsregels het Cbp ruimte om in individuele gevallen over te gaan tot een onderzoek en, in het geval een overtreding wordt vastgesteld, tot handhaving. Het Cbp heeft de Beleidsregels tot dusver echter op zodanige wijze toegepast dat de door een individuele natuurlijke persoon ingediende klacht niet door hem in behandeling wordt genomen."⁵⁶

Bezien tegen deze achtergrond heeft de Afdeling een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie gesteld met als doel duidelijk te krijgen in hoeverre het nuttig effect van Richtlijn 95/46 in het geding komt als de Nederlandse toezichthouder in alle gevallen klachten van individuele betrokkenen afwijst. De Afdeling heeft deze prejudiciële vraag echter ingetrokken, waardoor zij onbeantwoord is gebleven.⁵⁷

50 De bestuursrechter heeft meermaals bevestigd dat de toezichthouder op basis van beleidsregels prioriteiten kan stellen en in beginsel op grond hiervan kan beslissen geen onderzoek te verrichten. Zie hierover ABRvS 18 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3209, r.o. 10.1 (*X/Autoriteit Persoonsgegevens*).

51 Zie hierover 'Beleidsregels Prioritering klachtenonderzoek AP', die op 1 oktober 2018 in de *Staatscourant* zijn verschenen (*Stcrt.* 2018, 54287).

52 Zie hierover *Stcrt.* 2023, 17025. Tot dusver zijn naar beste weten geen nieuwe beleidsregels vervaardigd. Daardoor is onduidelijk hoe de AP thans gebruikmaakt van de discretionaire ruimte die de AVG biedt om AVG-klachten te onderzoeken. In de wetsevaluatie van de Uitvoeringswet AVG is het weinig inzichtelijke toezicht- en handavingsbeleid van de AP bekritiseerd. Zie hierover Pro Facto & Hooghiemstra en Partners 2022, p. 92-93 en 128-129.

53 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1185, r.o. 11.1-11.3 (*Heimelijke observatie particuliere recherchebureaus*).

54 ABRvS 19 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2743, r.o. 9.1 (*Publicatie faillissementsverslag*). Dit standpunt legde de AP neer in een beslissing op bezwaar. In de daaropvolgende beroepsprocedure herhaalde de AP dit standpunt: Rb. Noord-Nederland 3 september 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4293, r.o. 6.1 (*Publicatie faillissementsverslag*).

55 ABRvS 19 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2743, r.o. 9.1 (*Publicatie faillissementsverslag*).

56 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1185, r.o. 11.2 (*Heimelijke observatie particuliere recherchebureaus*).

57 HvJ EU 9 december 2015, ECLI:EU:C:2015:861 (*Heimelijke observatie particuliere recherchebureaus – prejudiciële vragen*).

Ook in het AVG-tijdperk lijkt het voor individuen een lastige opgave om via de toezichthouder toegang tot rechtsbescherming te verkrijgen. Al jaren is bekend dat de Autoriteit Persoonsgegevens kampt met capaciteitsproblemen waardoor haar taakuitvoering in de knel komt.⁵⁸ Dit geldt ook voor de behandeling van klachten op grond van artikel 77 AVG. In 2022 lagen ruim 5700 klachten bij de toezichthouder op de plank.⁵⁹ Om de achterstanden weg te werken, zo blijkt uit het jaarverslag van de toezichthouder over 2021, is zelfs besloten het telefonisch spreekuur terug te brengen naar twee uur per dag.⁶⁰ Tevens adviseert de Autoriteit Persoonsgegevens betrokkenen om klachten die verband houden met Awb-besluiten via het desbetreffende bestuursorgaan aan te vechten. Dit volgt niet uit haar beleidsregels, maar blijkt uit informatie op haar website. Daar is – de enigszins moeilijk te vatten – passage opgenomen: *“Klacht over besluit bestuursorgaan? Gaat uw klacht over een besluit van een bestuursorgaan? Zoals een gemeente of het UWV? Dan moet u eerst bezwaar maken tegen het besluit of beroep instellen bij de bestuursrechter.”*⁶¹ Wordt een AVG-klacht wel ingediend, dan kan de behandeling daarvan lange tijd op zich laten wachten.⁶² De Nationale ombudsman heeft inmiddels kritiek geuit op de Autoriteit Persoonsgegevens. In het rapport ‘Voor een dichte deur’ concludeert deze, kort gezegd, dat de klachtbehandeling van de toezichthouder “met name lijkt te zijn [gericht] op het afhouden van klachten. Daarmee lijkt het organisatiebelang in plaats van het burgerbelang bij de AP voorop te staan. Dit is onwenselijk.”⁶³ Kortom: hoewel betrokkenen krachtens de wet ontegenzeggelijk via de toezichthouder toegang tot rechtsbescherming zouden moeten kunnen verkrijgen, lijkt het voor hen in de praktijk om uiteenlopende redenen lastig te zijn om dit via de Autoriteit Persoonsgegevens te realiseren.

Het tweede thema betreft rechtsbescherming tegen algoritmische besluitvormingsprocedures. Bij rechtsbescherming tegen gegevensverwerkingen door het bestuur denkt men tegenwoordig al snel aan verwerkingen verricht door algoritmen. Zoals reeds is opgemerkt, hebben bestuursorganen de afgelopen jaren in toenemende mate algoritmen in besluitvormingsprocedures ingezet om grote hoeveelheden gegevens te koppelen en analyseren met als doel hieruit nieuwe kennis te destilleren. Dit gebeurde in het belastingrecht (risicoclassificatiemodel in de Toeslagenaffaire), het socialezekerheidsrecht (SyRI) en het

58 Autoriteit Persoonsgegevens 2022, p. 20; Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening 2024, p. 56; KPMG 2020a, p. 2. KPMG merkt hierover het volgende op: “De AP is een organisatie in opbouw. Een aantal functies is nog niet ingevuld, de automatiseringsgraad is laag en bedrijfsvoering staat nog in de kinderschoenen.” Zie hierover in detail KPMG 2020a, p. 26.

59 Autoriteit Persoonsgegevens 2023, p. 30.

60 Autoriteit Persoonsgegevens 2022, p. 38.

61 <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/een-tip-of-klacht-indienen-bij-de-ap>, meer specifiek onder het kopje ‘Snelle antwoorden’. Hiermee sluit de toezichthouder de facto een belangrijke route af om toegang tot rechtsbescherming tegen gegevensverwerkingen door bestuursorganen te verkrijgen. Als eenmaal via het informatieverzoek-besluitmodel de bezwaar- en beroepsprocedure is doorlopen, kan de betrokkene zijn gegevensbeschermingsrechtelijke geschil niet zonder meer voorleggen aan de AP. Zie hierover ook hoofdstuk 5, paragraaf 5.4.4.

62 Van Teeffelen 2021.

63 Nationale Ombudsman 2021, p. 3. In 2021 waren dit er meer dan 10.000. Zie hierover Autoriteit Persoonsgegevens 2022, p. 38.

omgevingsrecht (AERIUS).⁶⁴ Deze ontwikkeling heeft geleid tot nieuwe rechtsvragen in het staats- en bestuursrecht, de bestuurskunde en de rechtsfilosofie. Zijn de bestuursrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur voldoende geëquipeerd om (machine-learning gedreven) algoritmische besluitvormingsprocedures te normeren?⁶⁵ Hebben bestuursorganen voldoende oog voor de ethische implicaties van het gebruik van artificiële intelligentie in de besluitvorming?⁶⁶ En hoe beïnvloedt deze AI-(r)evolutie het handelen van ambtenaren die werkzaam zijn in het openbaar bestuur?⁶⁷ Dergelijke vraagstukken komen in dit proefschrift niet zelfstandig aan bod. De centrale onderzoeksvraag indachtig wordt wél stilgestaan bij de vraag hoe bestuursrechtelijke rechtsbescherming is georganiseerd tegen de verwerking van persoonsgegevens in het besluitvormingsproces. In dit opzicht wordt geen onderscheid gemaakt tussen analoge en algoritmische besluitvormingsprocedures. Ten aanzien van beide processen geldt immers dat deze, hoe je het wendt of keert, moeten voldoen aan de verordening als ten behoeve hiervan geheel of gedeeltelijk persoonsgegevens geautomatiseerd worden verwerkt.⁶⁸

Het derde thema betreft artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). In dit artikel is het recht op respect voor het privéleven neergelegd. Zoals in hoofdstuk 2 van dit proefschrift zal blijken, heeft deze bepaling een belangrijke rol gespeeld in de normering van gegevensverwerkingen door bestuursorganen.⁶⁹ Uit artikel 8 EVRM heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) namelijk verschillende vereisten gedestilleerd waaraan publieke actoren die persoonsgegevens verwerken moeten voldoen.⁷⁰ Hoewel artikel 8 EVRM en de AVG elkaar deels overlappen, verschillen zij ook van elkaar. De AVG is namelijk gedetailleerder en op verschillende onderdelen verstrekkender dan artikel 8 EVRM.⁷¹ Aldus is ervoor gekozen rechtspraak over artikel 8 EVRM niet zelfstandig bij het onderzoek te betrekken, maar slechts in zoverre zij van belang is om de doorwerking van de AVG in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming te doorgronden.

64 College voor de Rechten van de Mens 2022; ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (*AE-RIUS I*); HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748 (*FSV I*); Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865 (*SyRI*).

65 Zie hierover onder meer Franken 1993; Coglianese & Lehr 2017; Wolswinkel 2020a; Adriaansz 2020; Wolswinkel 2020b; Meuwese, Parie & Voogt 2024. Deze vraag houdt ook de wetgever bezig. Zo is in het kader van de internetconsultatie over het wetsvoorstel Versterking waarborgfunctie Awb een 'Reflectiedocument algoritmische besluitvorming en de Algemene wet bestuursrecht', opgesteld.

66 Hirsch Ballin 2021; Februari 2023.

67 Klievink 2021; Raad voor het Openbaar Bestuur 2021; Busuioc 2021; Alon-Barkat & Busuioc 2023.

68 Art. 2, eerste lid, AVG.

69 Paragraaf 2.2.

70 Kranenborg & Verhey 2018.

71 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.37 (*SyRI*). Het EVRM voorziet in een minimumbescherming van het fundamentele recht op respect voor het privéleven. Op grond van art. 52, derde lid, EU-Grondrechtenhandvest geldt dat de inhoud en reikwijdte van de grondrechten die in het Handvest zijn opgenomen, dezelfde zijn als die van de EVRM-rechten, althans, voor zover het Handvest rechten bevat die corresponderen met het EVRM. Maar uit deze bepaling volgt ook dat het Unierecht een ruimere bescherming kan bieden. In het Europees gegevensbeschermingsrecht is dit, als gezegd, het geval. Dat geldt bijvoorbeeld ten aanzien van de transparantievereisten die uit de AVG voortvloeien. Zie hierover ook Çapkurt & Schuurmans 2021, p. 593-609.

Tot slot de vraag of de maatregelen die de Nederlandse wetgever heeft getroffen om de AVG te laten doorwerken voldoen aan het Unierecht. De doorwerking van het Unierecht in het bestuursrecht kan in abstracto op twee wijzen worden geanalyseerd. Allereerst kan worden onderzocht hoe het Unierecht feitelijk doorwerkt in het bestuursrecht. Hiermee wordt bedoeld dat inzichtelijk wordt gemaakt welke procesrechtelijke maatregelen op nationaal niveau worden getroffen om de toepassing van Unierecht mogelijk te maken. In dit verband kan worden gedacht aan de vraag welke procedures gevolgd kunnen worden om het Unierecht ten uitvoer te leggen en hoe deze worden ingericht. Ten tweede kan worden bekeken in hoeverre deze procesrechtelijke afstemming in overeenstemming is met het Unierecht, in het bijzonder de *Rewe*-beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid. Omwille van de omvang en het descriptieve karakter van dit proefschrift, is ervoor gekozen in dit onderzoek primair in kaart te brengen hoe het Europees gegevensbeschermingsrecht feitelijk doorwerkt in het bestuursprocesrecht. In dat verband wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de Uitvoeringswet AVG en het bestuursprocesrecht van de Awb. De vraag of de normen uit deze wetten voldoen aan Europeesrechtelijke vereisten voortvloeiend uit onder meer de *Rewe*-beginselen komt aldus in dit proefschrift niet zelfstandig aan bod.

1.7 Methode

Aan de hand van de juridisch-dogmatische onderzoeksmethode is op basis van een analyse van het geldende recht de doorwerking van het Europees gegevensbeschermingsrecht in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming geanalyseerd. Vervolgens is op basis van rechtspraakonderzoek in kaart gebracht hoe in de praktijk deze doorwerking uitpakt. Hiervoor is gebruikgemaakt van de databases van de Nederlandse rechtspraak (www.rechtspraak.nl) en het Europees Hof van Justitie (www.curia.nl). Het doel van dit rechtspraakonderzoek is om, waar mogelijk, patronen, lijnen en ontwikkelingen in de jurisprudentie in kaart te brengen en uitspraken te doen over de betekenis hiervan voor het doorwerkingsvraagstuk dat in dit proefschrift centraal staat.

Toen dit proefschriftonderzoek in augustus 2018 aanving, was de AVG pas drie maanden van toepassing. Dit betekende dat in de beginperiode van dit onderzoek weinig tot geen AVG-uitspraken konden worden onderzocht. In het eerste jaar is daarom de nadruk gelegd op bestudering van bestuursrechtelijke uitspraken uit het Wbp-tijdperk. Om te achterhalen welke vraagstukken een rol spelen in de doorwerking van het Europees gegevensbeschermingsrecht in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, is ervoor gekozen alle op www.rechtspraak.nl gepubliceerde Wbp-jurisprudentie (circa 575 uitspraken) integraal te bestuderen.⁷² Naarmate het rechtspraakonderzoek vorderde, werd duidelijk dat artikel 45 Wbp, waarin het informatieverzoek-besluitmodel is neergelegd, een sleutelrol speelde in de rechtsbescherming tegen bestuurlijke gegevensverwerkingen. Op basis van dit inzicht kon de jurisprudentie die zag op het AVG-tijdperk meer gericht worden geselecteerd. Tussen 28 mei 2018 en 1 augustus 2023 zijn circa 734 AVG-uitspraken door

⁷² Bestudering van deze uitspraken laat zien dat deze lang niet allemaal inhoudelijk betrekking hadden op de Wbp. Zo kon de afkorting 'Wbp' ook zien op het 'Waterbeheersplan Hollands Noorderkwartier', of de 'Wet buitengewoon pensioen 1940-1945'. Zie ter illustratie: ABRvS 3 september 2003, ECLI:NL:RVS:2004:AO9675 (*Waterbeheersplan Hollands Noorderkwartier*); CRvB 16 mei 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AH8918 (*Wet buitengewoon pensioen 1940-1945*).

bestuursrechters gewezen. Ook deze uitspraken zijn integraal geanalyseerd. Vervolgens zijn deze nader gecategoriseerd aan de hand van trefwoorden zoals 'AVG', 'Uitvoeringswet AVG', 'artikel 34 UAVG' 'besluit', 'rechtmatigheid', 'feitelijke handeling', 'niet-ontvankelijk(heid)' en 'schadevergoeding'.

De in de analyse betrokken rechterlijke uitspraken bevatten expliciete, maar soms ook impliciete overwegingen over de toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming, toetsing door de bestuursrechter en de effectuering van het recht op schadevergoeding. De centrale onderzoeksvraag indachtig, ligt in het rechtspraakonderzoek de nadruk op uitspraken van bestuursrechters. Jurisprudentie van civiele rechters is slechts geanalyseerd voor zover deze relevantie heeft voor het duiden van de doorwerking van de AVG en de Wbp in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming.⁷³ Het rechtspraakonderzoek is op 1 augustus 2023 afgesloten. Met latere ontwikkelingen in de jurisprudentie is slechts incidenteel rekening gehouden.

Het rechtspraakonderzoek kent echter twee beperkingen, die beide verband houden met de representativiteit van de onderzochte uitspraken. De eerste beperking ziet op het feit dat enkel via rechtspraak de doorwerking van het Europees gegevensbeschermingsrecht in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming in kaart wordt gebracht. Rechtspraak biedt maar ten dele inzicht in deze doorwerking. Kenmerkend voor het bestuursrecht is immers dat rechtsbescherming niet pas begint wanneer de bestuursrechter wordt geadieerd. Voorafgaand daaraan heeft het bestuursorgaan al een primair besluit genomen. Indien hiertegen rechtsmiddelen zijn ingesteld heeft het bestuur ook al een beslissing op bezwaar genomen. Op wat zich in deze bestuurlijke fase afspeelt hebben bestuursrechtswetenschappers echter nauwelijks grip. Zo constateert Meuwese in 2023 in haar Leidse oratie dat in het bestuursrecht er thans geen vaste praktijk is om besluiten die in deze fase zijn genomen te publiceren.⁷⁴ Als gevolg hiervan is het pas mogelijk om inzicht te krijgen in wat zich heeft voorgedaan in de bestuurlijke fase ten aanzien van de doorwerking van het Europees gegevensbeschermingsrecht in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, wanneer de betrokkene de bestuursrechter adieert én de uitspraak online wordt gepubliceerd. Lang niet iedere burger gaat echter in beroep tegen het bestuur. Is dat wel het geval en is de uitspraak gepubliceerd, dan kan het nog zo zijn dat via de uitspraak niet zonder meer gereconstrueerd kan worden welke knelpunten zich in de bestuurlijke fase hebben voorgedaan.⁷⁵ Bezien tegen het voorgaande kan worden

⁷³ Zie ter illustratie de *scheefwonen*-zaken die in paragraaf 6.5.1.2 worden besproken.

⁷⁴ Meuwese signaleert dat de bestuursrechtsgemeenschap zich hierover 'collectief ook relatief weinig druk' maakt. Zie: Meuwese 2023, p. 7. Thans onderzoekt Johan Wolswinkel (TiU) in zijn NWO VIDI-project in hoeverre openbaarheidswetgeving bestuursorganen verplicht om individuele besluiten te publiceren. Zier hierover: <https://www.tilburguniversity.edu/nl/actueel/nieuws/meer-nieuws/twee-vidi-beurzen-voor-johan-wolswinkel-en-tineke-snijders>.

⁷⁵ Illustratief daarvoor zijn de *Treiteraankpak*-zaken die in paragraaf 5.4.4 worden besproken. Uit deze zaken volgt dat de vormgeving van de notificatiebrief van het bestuursorgaan, waarin de betrokkene wordt geïnformeerd over de verwerking van zijn gegevens, een grote rol kan spelen in de toegang tot rechtsbescherming. In de rechterlijke uitspraken over de *Treiteraankpak* is deze brief echter niet integraal gepubliceerd. Uiteindelijk is de notificatiebrief via een omweg – met een beroep op de Wet open overheid en de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) evenals een verzoek aan de advocaten van de betrokkenen – verkregen.

gesteld dat de uitspraken van bestuursrechters die in dit onderzoek zijn betrokken slechts gedeeltelijk zich bieden op de rechtspraak.

Dit leidt tot de tweede beperking van het rechtspraakonderzoek. De afgelopen jaren is de hoeveelheid digitaal gepubliceerde uitspraken toegenomen. In theorie biedt dit ook kansen voor de rechtswetenschap. “De digitale beschikbaarheid van rechtspraak, de overvloed aan informatie die daardoor voorhanden is en de mogelijkheden die software biedt in de ondersteuning van het verzamelen en analyseren van rechtspraak, maakt dat het doen van grootschalig systematisch jurisprudentieonderzoek aantrekkelijk is geworden”, aldus Verbruggen.⁷⁶ Toch kunnen deze kansen maar beperkt benut worden. Er zijn rechterlijke colleges die in beginsel alle uitspraken publiceren, zoals de Afdeling. Dit maakt het mogelijk haar uitspraken systematisch te onderzoeken. Voor instanties die onder de Rechtspraak vallen – zoals de bestuursrechter in eerste aanleg – geldt dit echter niet. Hoewel sinds 1999 uitspraken op www.rechtspraak.nl worden geplaatst, gebeurt dit tot op heden enkel in geval van ‘juridisch relevante’ zaken.⁷⁷ In de praktijk betekent dit dat slechts 4% van de gewezen uitspraken online wordt gepubliceerd.⁷⁸ Deze beperking heeft ook gevolgen voor het rechtspraakonderzoek dat ten behoeve van dit proefschrift is verricht. Met enige regelmaat kwam het voor dat de Afdeling in hoger beroep een uitspraak wél had gepubliceerd, maar dat dit niet gold voor de uitspraak in eerste aanleg. Zulke uitspraken zijn opgevraagd bij de individuele rechtbanken. Dit heeft ertoe geleid dat tijdens dit proefschriftonderzoek circa vijftig individuele publicatieverzoeken zijn ingediend bij verschillende rechtbanken. Er zullen echter ook zaken zijn waarin geen hoger beroep is ingesteld tegen een AVG- of Wbp-uitspraak van een rechtbank. Bezien tegen deze achtergrond kan niet worden uitgesloten dat eerstelijnsrechters uitspraken hebben gewezen die relevantie hebben voor dit proefschrift, maar niet in de analyse zijn betrokken omdat ze niet gepubliceerd zijn.

Dit probleem doet zich ook in andere rechtsgebieden voor. Zo is uit het reflectierapport van de rechtbanken over de Toeslagenaffaire gebleken dat van de kinderopvangtoeslagenzaken slechts 1 à 2% van de uitspraken op www.rechtspraak.nl is gepubliceerd.⁷⁹ In het coalitieakkoord ‘Omzien naar elkaar, vooruitzien naar de toekomst’ van het kabinet-Rutte IV werd het voornemen opgenomen om de publicatie van rechterlijke uitspraken te bevorderen.⁸⁰ In het programma ‘Meer en verantwoord publiceren’ van de rechtspraak is dit voornemen uitgewerkt. Het idee is om over te gaan ‘naar een beleid waarbij publicatie van een uitspraak op rechtspraak.nl het uitgangspunt wordt waarvan alleen omwille van zwaarwegende redenen wordt afgeweken (‘publiceren, tenzij’).⁸¹

Als gevolg van de bovengenoemde beperkingen is het lastig om met zekerheid te stellen of, en in welke mate, de in dit proefschrift geanalyseerde uitspraken, en de lijnen die hieruit gedestilleerd worden, een volledig beeld geven van de rechtspraak. Desondanks geeft dit proefschriftonderzoek wel een onderbouwde indruk van de lijnen die uit de reeds

76 Verbruggen 2021, p. 8-9.

77 Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl.

78 Naves, Sicking & Van der Wees 2021, p. 3620. Hierop is de nodige kritiek geuit. Zie in dat kader: Marseille & Wever 2021.

79 Werkgroep Reflectie Toeslagenaffaire Rechtbanken 2021, p. 56.

80 Coalitieakkoord VVD, D66, CDA en ChristenUnie 2022, p. 20.

81 Naves, Sicking & Van der Wees 2021, p. 3620.

gepubliceerde jurisprudentie volgen. Dat geldt in het bijzonder ten aanzien van de lijnen die zien op uitspraken van de Afdeling. Zij publiceert immers in beginsel al haar uitspraken, waaronder zaken die zien op de Wbp, de AVG en de Uitvoeringswet AVG.

1.8 Opbouw van het proefschrift

Dit proefschrift is in twee delen opgedeeld. Het eerste deel is verkennend van aard en bestaat uit drie hoofdstukken. In hoofdstuk 2 staan de grondslagen van het Europees gegevensbeschermingsrecht en die van het bestuursrecht centraal. In hoofdstuk 3 wordt de typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking geïntroduceerd. Deze typologie zal verduidelijken langs welke wegen een betrokkene toegang tot rechtsbescherming kan verkrijgen, indien hij tracht te ageren tegen de verwerking van zijn gegevens door een bestuursorgaan. Zij vormt daarmee een instrument om te kunnen duiden hoe het Europees gegevensbeschermingsrecht doorwerkt in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Uit de typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking volgt dat tegen een gegevensverwerking *autonoom* of *accessoir* kan worden opgekomen. Autonoom opkomen doet zich voor wanneer de betrokkene enkel de rechtmatigheid van de verwerking ter discussie tracht te stellen. Hij kan dan via het informatieverzoek-besluitmodel (thans art. 34 Uitvoeringswet AVG, voorheen art. 45 Wbp) deze rechtmatigheidsvraag in bezwaar en beroep aan de orde stellen. Accessoir opkomen doet zich voor wanneer de betrokkene de rechtmatigheid van een bestuurlijke gegevensverwerking *in relatie tot* een Awb-besluit ter discussie tracht te stellen. Hij kan zich in dit geval niet verenigen met een Awb-besluit (denk aan de stopzetting van een toeslag) omdat ten behoeve hiervan zijn persoonsgegevens onrechtmatig zijn verwerkt. De betrokkene kan dan toegang tot rechtsbescherming verkrijgen via het klassiek besluitmodel (art. 1:3 jo. 8:1 Awb) door bezwaar en beroep in te stellen tegen het Awb-besluit waarvoor het bestuur zijn gegevens heeft verwerkt. In hoofdstuk 4 wordt de typologie vervolgens geïnterpreteerd. Aan de typologie ligt namelijk de veronderstelling ten grondslag dat bij voorbaat duidelijk is wat het karakter van een bestuurlijke gegevensverwerking is en hoe de betrokkene hiertegen in rechte kan opkomen. Dat is echter lang niet altijd het geval. Dat geldt in het bijzonder voor de (algoritmische) gegevensverwerkingen die bestuursorganen voor profileringsdoeleinden verrichten. Zo is thans niet duidelijk of een dergelijke verwerking geldt als een zuiver feitelijke bestuurshandeling, deel uitmaakt van de feitenvaststelling van een Awb-besluit of moet worden opgevat als een in beginsel verboden vorm van profilering in de zin van 22, eerste lid, AVG. Daardoor bestaat ook rechtsonzekerheid over de vraag hoe hiertegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming is georganiseerd.

In het tweede deel van het proefschrift wordt in drie afzonderlijke hoofdstukken de doorwerking van het Europees gegevensbeschermingsrecht in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming geanalyseerd. Hierbij is ervoor gekozen het rechtspraakonderzoek toe te spitsen op de vraag in hoeverre een betrokkene via het informatieverzoek-besluitmodel autonoom kan opkomen tegen de verwerking van zijn gegevens. Deze keuze vloeit voort uit een tweetal overwegingen.

Ten eerste zal uit deel I van het proefschrift blijken dat de betrokkene de rechtmatigheid van persoonsgegevens die ten behoeve van een Awb-besluit zijn verwerkt en binnen de

reikwijdte van het besluitbegrip vallen, via het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveeringsbeginsel en het leerstuk van bewijsuitsluiting ter discussie kan stellen. In dit geval levert de doorwerking van het Europees gegevensbeschermingsrecht in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming in beginsel geen problemen op. De betrokkene kan dan immers via het klassiek besluitmodel toegang tot rechtsbescherming verkrijgen en op grond van dit besluit de rechtmatigheid van de verwerking aanvechten. De tweede overweging houdt verband met het feit dat het informatieverzoek-besluitmodel (in theorie) een ruimere toepassing heeft. Via dit model kan een betrokkene namelijk zowel een autonome verwerking (een zuiver feitelijke bestuurshandeling) als een accessoire verwerking (een verwerking die verband houdt met een Awb-besluit) in bezwaar en beroep ter discussie stellen.

In hoofdstuk 5 wordt geanalyseerd in hoeverre de betrokkene via het informatieverzoek-besluitmodel toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming kan verkrijgen om autonoom op te komen tegen een gegevensverwerking. Vervolgens wordt in hoofdstuk 6 de aandacht verlegd naar het toetsingsvraagstuk. De toetsingsbevoegdheid van de bestuursrechter indachtig, wordt onderzocht hoe in gegevensbeschermingszaken die zijn geïnitieerd op basis van het informatieverzoek-besluitmodel de omvang van het geding in bezwaar en beroep wordt vastgesteld. Hierna wordt in hoofdstuk 7 het vraagstuk van schadevergoeding onder de loep genomen. In hoofdstuk 8 worden de hoofdbevindingen die uit het onderzoek volgen gepresenteerd en wordt de centrale onderzoeksvraag beantwoord.