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).

DEEL I

HOOFDSTUK 2

De grondslagen van het gegevensbeschermingsrecht en het bestuursrecht

2.1 Inleiding

In de organisatie van rechtsbescherming tegen gegevensverwerkingen door bestuursorganen heeft de Nederlandse wetgever aansluiting gezocht bij de systematiek van het algemeen bestuursrecht, met inbegrip van het bestuursprocesrecht. Om die reden kan worden gesteld dat het bestuursrecht als een vehikel fungeert om materiële normen en subjectieve informatierechten uit het Europees gegevensbeschermingsrecht in de Nederlandse rechtsorde geldend te kunnen maken. Wil een betrokkene wiens persoonsgegevens zijn verwerkt door een bestuursorgaan in rechte kunnen opkomen tegen een dergelijke verwerking, dan zal hij dit in beginsel via het bestuursrecht moeten doen.

Dit hoofdstuk heeft tot doel inzichtelijk te maken hoe de wetgever het Nederlands bestuursrecht heeft ingezet om deze doorwerking te faciliteren. Om dat goed te kunnen begrijpen, moet echter eerst in kaart worden gebracht op welke grondslagen het bestuursrecht en het Europees gegevensbeschermingsrecht berusten. Het Europees gegevensbeschermingsrecht en het bestuursrecht hebben namelijk verschillende fundamenten. Het Nederlands bestuursrecht stelt de publiekrechtelijke rechtshandeling – het besluit – centraal, terwijl in het Europees gegevensbeschermingsrecht de feitelijke handeling – de verwerking van persoonsgegevens in de publieke én private sector – een hoofdrol speelt. In dit hoofdstuk zullen de grondslagen van het Europees gegevensbeschermingsrecht en die van het Nederlands bestuursrecht op hoofdlijnen worden toegelicht. Pas als dit inzicht is verworven, kan worden begrepen hoe deze twee rechtssystemen zich tot elkaar verhouden en met elkaar interageren. Dit hoofdstuk vormt daarmee een basis om het doorwerkingsvraagstuk dat in de hierop volgende hoofdstukken centraal staat te kunnen doorgronden.

De opzet van dit hoofdstuk is als volgt. Eerst wordt stilgestaan bij de transformatie van het gegevensbeschermingsrecht (par. 2.2). Tot de jaren zestig van de vorige eeuw kende geen enkel Europees land zelfstandige gegevensbeschermingswetgeving. Circa zestig jaar later is het gegevensbeschermingsrecht nagenoeg volledig geëuropeaniseerd. Kennis van deze transformatie is noodzakelijk om inzicht te krijgen in de aard van het Europees gegevensbeschermingsrecht. Vervolgens wordt stilgestaan bij de grondslagen van dit recht (par. 2.3). In dat verband wordt onder meer aandacht besteed aan het persoonsgegevensbegrip

dat als het centrale ijkpunt van het gegevensbeschermingsrecht geldt. Aan de hand van Europese wetgeving en rechtspraak van het Hof van Justitie wordt de ratio en reikwijdte van dit begrip uiteengezet.

Hierna wordt stilgestaan bij de grondslagen van het bestuursrecht (par. 2.4). Uit de analyse zal blijken dat het besluitbegrip een cruciale rol speelt in de systematiek van de Awb, die in belangrijke mate is gemodelleerd rondom dit begrip. Om die reden zal aandacht worden besteed aan de ratio en functie van het besluitbegrip. Tevens zal worden besproken welke knelpunten de toepassing ervan met zich meebrengt. Hierna wordt de balans opgemaakt en wordt bezien hoe de grondslagen van het bestuursrecht en die van het Europees gegevensbeschermingsrecht zich tot elkaar verhouden (par. 2.5). Uit deze analyse zal blijken dat beide rechtssystemen berusten op fundamenteel andere uitgangspunten. Hierdoor kunnen, in theorie, materiële normen en informatierechten uit het Europees gegevensbeschermingsrecht niet zonder meer in bestuursrechtelijke procedures worden ingeroepen jegens Nederlandse bestuursorganen. Met andere woorden: deze normen en rechten kunnen niet zonder meer doorwerken in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De Nederlandse wetgever heeft deze doorwerking toch getracht te realiseren door in gegevensbeschermingswetgeving het besluitbegrip strategisch in te vullen. Afgesloten wordt met een conclusie (par. 2.6).

Deze grondslagenanalyse is algemeen en verkennend van aard. Dit betekent dat in dit hoofdstuk de grondslagen van het Europees gegevensbeschermingsrecht en het algemeen bestuursrecht slechts op hoofdlijnen aan bod zullen komen.[1] Het voornaamste doel van de analyse is om de verschillende lezerspublieken – die met een gegevensbeschermingsrechtelijke en die met een bestuursrechtelijke achtergrond – de basisfilosofieën van deze rechtsgebieden mee te geven, zodat het doorwerkingsvraagstuk dat in dit onderzoek centraal staat goed kan worden begrepen.

2.2 De transformatie van het Europees gegevensbeschermingsrecht

2.2.1 Fase I: codificatie

Gegevensverzameling en staatsvorming gaan sinds jaar en dag hand in hand.[2] Het bestuur kan immers pas de samenleving doorgronden, daarin interveniëren en macht uitoefenen over burgers als het over relevante gegevens beschikt. Daartoe heeft het bestuur in het bijzonder één categorie gegevens nodig, te weten persoonsgegevens.[3] Essentieel voor het vermogen om te kunnen besturen is namelijk kennis over het object van bestuur: wie vallen binnen de territoriale reikwijdte van het bestuur en kunnen dus worden bestuurd? In de

1 Zie voor een uitgebreide bespreking van de grondslagen van het Europees gegevensbeschermingsrecht: González Fuster 2014; Lynskey 2015. Zie ook: Kranenborg & Verhey 2018. Tzanou 2017; Holvast 2020; Bieker 2022. Zie voor een bespreking van de grondslagen van het algemeen bestuursrecht: Verhoeven 1989; Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004; Schlössels & Zijlstra 2017; Schlössels, Schutgens & Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band 2 (HSB)* 2019; Assink, *Het recours objectif, een herwaardering (SteR nr. 56)* 2022; Commissie Schueler 2023.

2 Bennett 1992, p. 17-18; WRR 2011, p. 60; Holvast 2020, p. 21.

3 Purtova 2011, p. 23-24.

klassieke oudheid werd deze informatie aan de hand van volkstellingen verzameld. Het evangelie van Lucas, dat gaat over de geboorte van Jezus, is illustratief. Het begint met een bevel van keizer Augustus in het jaar nul dat 'de gehele wereld beschreven zou worden'.[4] Deze gegevens waren onmisbaar voor essentiële zaken binnen het Romeinse Rijk, zoals het innen van belastingen en het rekruteren van soldaten voor het leger.[5] Om deze gegevens te verkrijgen, verplichtte keizer Augustus al zijn mannelijke onderdanen om zich in te schrijven in de bevolkingsregisters van hun geboortesteden. Dat was de reden waarom Jozef en Maria van Nazareth naar Bethlehem vertrokken, de geboorteplaats van Jozef.[6]

Ook later in de geschiedenis blijkt het belang van de registratie van persoonsgegevens als centraal aspect van staatsvorming en machtsuitoefening. Oorspronkelijk speelde de kerk hierin een belangrijke rol. Zo werd ten tijde van de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden (1588-1795) informatie over levensgebeurtenissen, zoals geboorte, doop, huwelijk en overlijden, in kerkelijke registers vastgelegd.[7] Pas later werd deze registratie overgenomen door de staat.[8] Zo werd onder leiding van Napoleon in 1811 het bevolkingsregister opgezet. Naar Frans voorbeeld verplichtte hij per decreet alle Nederlanders om een achternaam aan te nemen. In het bevolkingsregister konden vervolgens de basisgegevens van burgers worden opgenomen die de staat nodig had om te kunnen functioneren. Denk hierbij aan informatie over geboortes, huwelijken, echtscheidingen en sterfgevallen. Deze gegevens speelden binnen de bureaucratie van de staat een belangrijke rol: zij werden vastgelegd in administratieve akten en kregen daarmee kracht van recht. Zodoende werd de levensloop van de burger, van de wieg tot aan het graf, door de staat in kaart gebracht.[9]

De volkstelling van 1971 en de Staatscommissie Koopmans

Hoewel het lange tijd vanzelfsprekend was dat het bestuur beschikte over de gegevens van burgers, was het allerminst vanzelfsprekend om deze verwerking wettelijk te normeren. Tot halverwege de vorige eeuw kende geen enkel Europees land zelfstandige gegevensbeschermingswetgeving.[10] Weliswaar was sinds 1953 in artikel 8 EVRM het recht op respect voor het privéleven neergelegd, maar het was onduidelijk of ook de bescherming van persoonsgegevens hieronder viel. Pas toen eind jaren zestig vanwege technologische ontwikkelingen het mogelijk werd om grote hoeveelheden gegevens te verzamelen en te analyseren, realiseerde men zich dat ten aanzien van gegevensbescherming sprake was van een wetgevingslacune. Met name binnen de Raad van Europa deed zich in 1968 de vraag voor of naast artikel 8 EVRM aparte gegevensbeschermingsregels vervaardigd moesten worden.[11] In 1973 en 1974 nam het Comité van Ministers van de Raad van Europa verschil-

4 Het evangelie van Lucas, paragraaf 2:1.
5 Holvast 2013, p. 29-30.
6 Het evangelie van Lucas, paragraaf 2.1-2.5. Bezien tegen deze achtergrond stelde Maxim Februari dat de christelijke geschiedschrijving is begonnen 'met de wens tot een grotere bestuurlijke greep op de burger'. Zie hierover Februari 2017.
7 De Jong 1974, p. 445; Holvast 2020, p. 25.
8 Purtova 2011, p. 23-24.
9 Deenen, Lütter & Zijlstra, *De dataloods en zijn machinekamer* 2019, p. 2-3.
10 González Fuster 2014, p. 21-22.
11 Zie hierover uitvoerig hoofdstuk 3 en 4 van González Fuster: González Fuster 2014.

lende resoluties aan ten aanzien van 'databanken' in de publieke en private sector.[12] Deze resoluties zouden de basis moeten vormen voor nationale gegevensbeschermingswetten.

Ook in Nederland deed het gebrek aan gegevensbeschermingswetgeving zich pas in die periode echt voelen. De directe aanleiding was de volkstelling van 1971, die op groot maatschappelijk verzet stuitte.[13] Dat was opmerkelijk nu volkstellingen allerminst nieuw waren. Zij vonden sinds 1829 om de tien jaar plaats, vonden op grond van de Wet op de volkstellingen plaats en hadden tot doel de overheid te voorzien van informatie over bijvoorbeeld demografische en sociaaleconomische ontwikkelingen. Nieuw aan de telling van '71 was de stap naar automatisering. Voor het eerst werden gegevens verwerkt met een computer.[14] Deze ontwikkeling werd met argusogen bekeken. De grootschaligheid waarmee de overheid gegevens kon verwerken creëerde het beeld van een staat die als *Big Brother* het gedrag van zijn burgers kon monitoren en manipuleren.[15] Geautomatiseerde gegevensregistraties zouden een ernstige bedreiging vormen voor de rechten en vrijheden van burgers en de machtsverhoudingen binnen de democratische rechtsstaat ontregelen, aldus Zoutendijk in zijn Leidse diesrede van 1971 die de titel *Computer en democratie* droeg.[16] Eenmaal geregistreerde gegevens zouden buiten het zicht van de burger om een eigen leven kunnen gaan leiden. Dit zou uiteindelijk zijn rechtspositie jegens de overheid negatief kunnen beïnvloeden. Afgezien van het schrikbeeld van een almachtige overheid, bestond er commotie over het dwangmatige karakter van de telling. Weigering tot deelname leidde tot strafrechtelijke sancties in de vorm van een boete die kon variëren van 100 tot 500 gulden – naar de maatstaven van die jaren een aanzienlijk bedrag – of een hechtenis van ten hoogste twee weken.[17]

Tot slot speelde op de achtergrond de herinnering aan de Tweede Wereldoorlog. Velen hadden nog helder voor ogen dat misbruik van persoonsgegevens niet alleen kon leiden tot een schending van informationele privacy, maar ook levensgevaarlijk kon zijn.[18] In vergelijking met andere Europese landen, waren in Nederland namelijk relatief veel Joodse burgers opgespoord, gedeporteerd en vermoord. Waar bijvoorbeeld in Frankrijk, dat destijds geen gedetailleerde bevolkingsadministratie had, 25% van de Joodse bevolking omkwam tijdens de oorlog, ging het in Nederland om 73%.[19] Deels zou dit te herleiden zijn tot het feit dat de Franse staat vanwege privacybezwaren gegevens over religie sinds de volkstelling van 1872 niet had bijgehouden. Toen Frankrijk werd bezet, konden de Duitsers daarom niet

12 Comité van Ministers van de Raad van Europa, Resolutie 73(22) 1973; Comité van Ministers van de Raad van Europa, Resolutie 74(29) 1974.
13 Kuitenbouwer 1991, p. 65; Holvast 2013, p. 49; Overkleeft-Verburg, p. 38. Zie in dit verband ook Groothuis 2017, p. 2-4.
14 Erwich & Maarseveen 1999, p. 339-340.
15 Mayer-Schönberger 1997, p. 223.
16 Zoutendijk 1971.
17 Art. 11 Volkstellingswet 1970. Over deze strafbaarstelling werden Kamervragen gesteld. Zie *Kamerstukken II* 1968/69, 10091, nr. 4, p. 2.
18 *Kamerstukken II* 1982/83, 17207, nr. 5, p. 1.
19 Seltzer & Anderson 2001, p. 486; Véliz 2020, p. 114.

zonder meer achterhalen waar Joodse burgers woonden.[20] Pogingen om deze informatie boven water te halen werden bovendien door het Franse verzet succesvol gesaboteerd.[21]

In Nederland beschikte de overheid wél over een gedetailleerd bevolkingsregister waarin ook religie werd geregistreerd. Sinds 1938 moest iedere Nederlander een persoonskaart bezitten. Het meesterbrein achter dit systeem was Lentz, het hoofd van de rijksinspectie van de bevolkingsregisters. In 1941 trad de door hem geschreven 'Verordening 6/1941' in, waarin een registratieplicht voor Joodse burgers was neergelegd. Allen die 'geheel of gedeeltelijk van Joodschen bloede' waren en in Nederland verbleven, moesten zich als Jood registeren in het bevolkingsregister. Hun persoonskaarten kreeg dan de stempel 'J'. Aan het begin van de oorlog hebben de Duitsers op initiatief van Lentz persoonskaarten ingezet om Joodse burgers te signaleren. Ongeveer gelijktijdig hieraan werd het persoonsbewijs ingevoerd, dat eveneens een product van Lentz was. Nederlanders van vijftien jaar en ouder moesten in het bezit zijn van een dergelijk bewijs. Bij Joodse burgers werd op het persoonsbewijs een 'J' gezet.

De persoonskaarten en persoonsbewijzen tezamen bleken een nagenoeg feilloos opsporingsinstrument waar nauwelijks aan viel te ontsnappen: zij stelden de Duitse bezetter in staat om op individueel niveau Joodse burgers op te sporen, te arresteren en te deporteren. Om de bezetter tegen te werken, staken leden van het verzet in 1943 het Amsterdamse bevolkingsregister in brand. Het resultaat hiervan was echter beperkt, omdat een groot deel van de Joodse inwoners van Amsterdam al was opgespoord en gedeporteerd.[22] In zijn historische analyse over de Tweede Wereldoorlog merkte De Jong over Lentz op dat er 'geen V-Mann,[23] zelfs geen provocateur geweest is die de Nederlandse zaak een zo onmetelijke schade berokkend heeft als de schepper van het persoonsbewijs, Lentz (…)'.[24] Bezien tegen deze achtergrond verbaast het niet dat ten tijde van de volkstelling van 1971 leuzen als 'registratie is deportatie' en 'de korporaals zijn in aantocht' het debat domineerden en het wantrouwen tegenover gegevensregistraties vergrootten.[25] Uiteindelijk mislukte de volkstelling. Een groot aantal burgers weigerde deel te nemen.[26]

20 Véliz 2020, p. 112-113.
21 Véliz 2020, p. 113.
22 Amsterdam: Plaquette aanslag bevolkingsregister, plantage kerklaan 35.
23 Een 'V-Mann' was een persoon die voor de Duitse bezetter actief zocht naar ondergedoken Joodse burgers.
24 De Jong 1974, p. 475.
25 Kuitenbouwer 1991, p. 66.
26 De Commissie Van den Berg onderzocht of strafrechtelijke vervolging wenselijk was. Aanvankelijk adviseerde zij tot vervolging over te gaan. In haar eindrapport kwam zij hier echter op terug. Met enkele groepen burgers moest volgens haar coulanter worden omgegaan. Voor bijvoorbeeld 'krasse, bijzonder strijdbare bejaarden' die hadden geweigerd deel te nemen aan de volkstelling zou een uitzondering moeten worden gemaakt. Ook Joodse burgers en oud-verzetsstrijders die 'in de oorlog de gruwel van waterdichte kaartsystemen en administratieve gegevens aan den lijve hebben ondervonden, homoseksuelen, hermafrodieten, invaliden en gehandicapten' zouden volgens de Commissie Van den Berg moeten worden ontzien. Het advies werd ruimhartig overgenomen door de regering: toenmalig Minister van Justitie, Dries van Agt, kondigde een generaal pardon af voor alle weigeraars. Commissie Van den Berg 1971, p. 13.

De volkstelling van 1971 zorgde niet alleen voor een fel publiek debat over gegevensbescherming, maar vormde ook de opmaat voor nieuwe wetgeving. In 1972 kreeg de Staatscommissie Koopmans de opdracht om te onderzoeken 'of wettelijke of andere maatregelen wenselijk zijn ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het gebruik van geautomatiseerde registratiesystemen voor persoonsgegevens (…)'.[27] Het antwoord van de Staatscommissie was bevestigend. De toegenomen zelfstandige waarde van informatie binnen de samenleving noopte volgens haar tot het vaststellen van regelgeving.[28] Aan het interim-rapport van de Staatscommissie valt op dat zij veel oog had voor de informatiepositie van de overheid. "De zorg van de overheid is veelomvattender en gedifferentieerder geworden", aldus de Staatscommissie.[29] Om maatschappelijke processen te sturen en haar publieke taak te verrichten in de verzorgingsstaat, had de overheid meer informatie nodig.[30] Met de intrede van nieuwe informatietechnologieën in de jaren zeventig, zoals de computer, kon ook meer dan ooit in deze informatiebehoefte worden voorzien. Dat had volgens de Staatscommissie echter ook een keerzijde want informatie is kennis, en kennis is macht. De registratie van gegevens geeft de bezitter hiervan meer macht over de geregistreerde persoon, waardoor zijn rechten en vrijheden onder druk kunnen komen te staan. Bovendien was het voor de geregistreerde niet altijd even duidelijk dat hij voorwerp van registratie was. Dat was problematisch: eenmaal vastgelegd, konden verouderde of verkeerde gegevens, buiten het gezichtsveld van de burger om, een eigen leven gaan leiden of de basis vormen voor ingrijpend overheidshandelen.

De Staatscommissie Koopmans wees ook op andere gevaren van ongecontroleerde automatisering van gegevensregistraties door de overheid, zoals het gevaar van 'data-surveillance'. Hiermee doelde zij op de situatie waarin de overheid persoonsregistraties zou gebruiken om heimelijk toezicht te houden op de naleving van wetgeving op het terrein van sociale verzekeringen, de Algemene bijstandswet of de justitiële documentatie. Hierdoor zou de burger onder het vergrootglas van de overheid komen te liggen, terwijl voor hem niet controleerbaar was of deze registratie rechtmatig was.[31] Tegen deze achtergrond adviseerde zij de regering in 1976 om een algemene gegevensbeschermingswet te vervaardigen.

Conventie 108, de Grondwet en nieuwe gegevensbeschermingswetgeving

Vijf jaar later, in 1981, diende de regering het voorstel voor een 'wet op de persoonsregistraties' in bij de Tweede Kamer.[32] Dit voorstel werd in de wetenschap, praktijk en het

27 De 'Nota voor een aanzet tot privacywetgeving' van Holvast, Kuitenbrouwer, Verkade en De Graaf speelde ook een rol in de installatie van de Staatscommissie Koopmans. Zie: Prins 2003, p. 63.
28 Staatscommissie Koopmans 1974, p. 6-7.
29 Staatscommissie Koopmans 1974, p. 6.
30 Zie in vergelijkbare zin: Mayer-Schönberger 1997, p. 222.
31 Staatscommissie Koopmans 1974, p. 7-8. Zie ook Staatscommissie Koopmans 1976, p. 20-21 en 28.
32 Holvast 2020, p. 485-515.

parlement sterk bekritiseerd.[33] De kritiek had met name betrekking op de vormgeving en complexiteit van het wetsvoorstel. Het werd gezien als een 'lachertje', 'onhanteerbaar', 'achterhaald' en 'volslagen onleesbaar'.[34] Uiteindelijk werd het voorstel betrokken in het onderzoek van de commissie Deregulering in verband met Economische Ontwikkeling. Deze commissie onderzocht tegen de achtergrond van de recessie in de jaren tachtig de mogelijkheden om over te gaan tot vermindering en vereenvoudiging van wetgeving. Volgens haar kon het voorstel voor een wet op de persoonsregistraties op een aantal punten worden vereenvoudigd.[35] Mede om die reden trok de regering het wetsvoorstel in.[36]

Ondanks dat het wetsvoorstel in 1983 sneuvelde, was dit jaar vanuit het perspectief van gegevensbescherming van groot belang. Toen werd namelijk de Grondwet (Gw) herzien. In artikel 10, eerste lid, Gw werd het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer neergelegd.[37] In het tweede en derde lid van dit artikel zijn opdrachten neergelegd gericht tot de wetgever om gegevensbeschermingsregels vast te stellen. In het tweede lid werd een opdracht geformuleerd om regels te stellen 'ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens'. Het derde lid betreft een verbijzondering van het tweede lid.[38] Hierin is neergelegd dat de wetgever regels moet vaststellen over de aanspraken van burgers op kennisneming van over hen vastgelegde gegevens en van het gebruik dat daarvan wordt gemaakt, alsmede op verbetering van dergelijke gegevens.

Ook op internationaal niveau werd met grote voortvarendheid gebouwd aan de fundamenten van het gegevensbeschermingsrecht. Zo bevestigde het EHRM in *Klass e.a./Duitsland* en later in *Malone/Verenigd Koninkrijk* dat gegevens die zien op het privéleven onder artikel 8 EVRM vallen.[39] Daarnaast zette de Raad van Europa ook verdere stappen om regels van gegevensbescherming bij verdrag vast te stellen. De aanleiding hiertoe vormde de constatering dat persoonsgegevens uiteenlopend genormeerd werden binnen de verdragsstaten. Om een uniforme toepassing van gegevensbeschermingsregels te garanderen, werd in 1981 het Verdrag van Straatburg aangenomen. Dit verdrag, dat bekend staat als Conventie 108, bouwde voort op de eerder besproken resoluties van de Raad van Europa uit 1973 en 1974.[40]

33 Het wetsvoorstel uit 1981 categoriseerde persoonsregistraties op grond van de mate waarin zij het recht op privacy potentieel konden beperken. Dit voorstel werd bekritiseerd omdat dit criterium in de praktijk onwerkbaar zou zijn aangezien het lastig was ex ante vast te stellen of een persoonsregistratie potentieel meer of minder privacybedreigend is. Ook zou de vergunningsprocedure die aan het voorstel ten grondslag lag te complex en kostbaar zijn en bureaucratie in de hand werken. *Kamerstukken II* 1983/84, 18100, VI, nr. 2 en *Kamerstukken II* 1982/83, 17207, nr. 4; Van der Veen 1983, p. 67; Verkade 1983, p. 23.

34 Holvast 2020, p. 492-493.

35 *Kamerstukken II* 1982/83, 17931, nr. 5.

36 *Kamerstukken II* 1984/85, 19095, nr. 1-3, p. 13-14.

37 Zie hierover in detail Groothuis 2017, p. 1-35.

38 Groothuis 2017, p. 8.

39 EHRM 6 september 1978, zaaknummer 5029/71 (*Klass e.a./Duitsland*); EHRM 2 augustus 1984, zaaknummer 8691/79 (*Malone/Verenigd Koninkrijk*).

40 Kranenborg & Verhey 2018, p. 87-91.

De Wet persoonsregistraties
Bijna twintig jaar na de volkstellingsprotesten trad in 1989 de eerste Nederlandse gegevensbeschermingswet – de WPR – in werking. Met deze wet voldeed de wetgever aan de regelingsopdracht in artikel 10, tweede lid, Gw en die van Conventie 108.[41] Niet iedere verwerking van persoonsgegevens viel echter onder reikwijdte van de WPR. Zij zag enkel op de normering van 'gegevens die op grond van een of meer kenmerken een onderlinge samenhang vertonen'.[42] Opvallend aan de WPR was dat zij differentieerde tussen persoonsregistraties van de overheid en die van private entiteiten.[43] Registraties van de overheid waren onderworpen aan een zware reglementeringsplicht, terwijl voor de private sector een lichter regime gold.

In de memorie van toelichting gaf de wetgever verschillende argumenten ter rechtvaardiging van deze differentiatie. Allereerst overwoog hij dat de registratie van persoonsgegevens door overheidsinstanties in het algemeen meer omvattend en indringender was dan registraties in de private sector. De wetgever benadrukte daarbij de rol en positie van de overheid binnen de sociale verzorgingsstaat. Zij moet publieke diensten verrichten en kan eenzijdig ingrijpende beslissingen nemen ten aanzien van burgers. Om deze handelingen te kunnen verrichten, moet de overheid haar burgers kennen. Dit vereist zowel de verzameling van gegevens, alsook de uitwisseling daarvan tussen verschillende instanties.[44] Tevens wees de wetgever op de informationele positie van de overheid. Burgers hebben vaak geen keuzevrijheid om al dan niet gegevens te verstrekken aan de overheid. Zij zijn van haar afhankelijk voor de toegang tot publieke voorzieningen en moeten daarvoor gegevens afstaan.[45] Dat ligt anders binnen private verhoudingen waar individuen doorgaans wél de vrijheid hebben te besluiten met wie zij rechtsbetrekkingen aangaan.[46] De wetgever stelde daarom dat de hoedanigheid van een individu (burger of consument) en de context waarin de registratie plaatsvond (publiek of privaat) de intensiteit van de materiële normering dienden te beïnvloeden. Terwijl de WPR in materiële normering differentieerde, was rechtsbescherming wél geconcentreerd. Alleen de civiele rechter kon in een verzoekschriftprocedure de rechtmatigheid van registraties binnen de publieke én de private sector toetsen.[47]

Ondanks dat de WPR een aparte regeling introduceerde voor persoonsregistraties in de publieke sector, slaagde zij er niet in om de rechtsontwikkeling te sturen. Zowel de sociaalwetenschappelijke als de juridische wetsevaluatie bevestigden dit. De sociaalwetenschappelijke evaluatie zag de materiële vormgeving van de wet als een groot knelpunt. De WPR was een 'ingewikkeld, moeilijk toegankelijk en slechts in geringe mate bruikbaar regelsysteem'.[48] Met de kenbaarheid en naleving ervan was het slecht gesteld. In de jaren negentig bestond weinig aandacht voor gegevensbescherming. Burgers maakten nauwelijks

41 In de vormgeving van de WPR hield de wetgever rekening met de inhoud van Conventie 108. Zie in dat verband: *Kamerstukken II* 1984/85, 19095, nrs. 1-3, p. 15 en 17.
42 Art. 1 WPR. Zie ook: *Kamerstukken II* 1984/85, 19095, nr. 1-3, p. 17.
43 Al sprak de WPR over de 'overheid en semipublieke sector'.
44 *Kamerstukken II* 1984/85, 19095, nr. 3, p. 23.
45 *Kamerstukken II* 1986/87, 19095, nr. 6, p. 8 en 30.
46 *Kamerstukken II* 1984/85, 19095, nr. 3, p. 23 en *Kamerstukken II* 1986/87, 19095, nr. 6, p. 8.
47 Art. 9, 10 en 34 WPR.
48 Sociaalwetenschappelijke evaluatie WPR 1995, p. 124 en 130.

gebruik van hun informatierechten.[49] Persoonsregistraties werden bovendien vaak niet via de voorgeschreven procedures aangemeld bij de toezichthouder, de Registratiekamer. Werd de wet wél nageleefd, dan hing dat vooral samen met niet-juridische overwegingen, zoals het verantwoordelijkheidsgevoel van instellingen om zorgvuldig met persoonsgegevens om te gaan.[50] Ten slotte werd in de sociaalwetenschappelijke evaluatie gesignaleerd dat de rechtsbeschermingsvoorziening van de WPR slecht aansloot bij de praktijk. Hoewel besluiten van het bestuur konden worden aangevochten bij de bestuursrechter, moesten daarmee samenhangende persoonsregistraties aan de civiele rechter worden voorgelegd. Deze dualiteit creëerde een procesrechtelijke samenloop, vergrootte de rechtsonzekerheid en leidde tot een ondoorzichtig systeem van rechtsbescherming.[51]

De juridische evaluatie van de WPR, uitgevoerd door Overkleeft-Verburg, beschouwde de gebrekkige aansluiting van het gegevensbeschermingsrecht op het bestuurs- en privaatrecht als een knelpunt.[52] De WPR was volgens haar een 'dogmatisch zwevende regeling'. Gegevensbeschermingsrechtelijke geschillen werden niet op basis van de WPR, maar door middel van sectorale wetgeving, privaatrechtelijke normen, de beginselen van behoorlijk bestuur of de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) beslecht. Als gezegd deed ook het EHRM halverwege de jaren tachtig op grond van artikel 8 EVRM belangrijke uitspraken over de verwerking van privégegevens door de overheid. Het EVRM werd hierdoor langzaamaan hét algemene toetsingskader voor de beslechting van gegevensbeschermingsgeschillen tussen burger en overheid.[53] De WPR was aldus slechts één van de vele bronnen voor de beslechting van geschillen over gegevensbescherming en daarom weinig gezaghebbend.[54]

Tegelijkertijd valt op dat in de WPR noch in haar totstandkomingsgeschiedenis een verbinding met het bestuursrecht is gelegd, terwijl dit wél voor de hand had gelegen. Zoals uit bovenstaande passage uit de memorie van toelichting voortvloeit, schreef de WPR immers voor hoe met persoonsregistraties om moest worden gegaan die overheidsinstanties gebruikten voor besluitvormingsprocedures. De WPR had om die reden grote relevantie voor het bestuursrecht. Desondanks werd in de systematiek ervan op geen enkele wijze aansluiting gezocht bij leerstukken van het bestuursrecht, zoals de beginselen van behoorlijk bestuur, die eveneens betrekking hebben op de verzameling van informatie door de overheid.[55] Bovendien werd de schending van de WPR in essentie opgevat als een inbreuk op het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer als bedoeld in artikel 10, eerste lid, Gw. Enerzijds is dat logisch, nu artikel 10, tweede lid, Gw de rechtsbasis vormde van de WPR. Anderzijds werd daardoor wellicht onvoldoende erkend dat, in theorie, een schending van de WPR ook bestuursrechtelijke gevolgen kon hebben. Wanneer op grond van een onrechtmatige persoonsregistratie een beschikking zou zijn genomen, dan werkte deze onrechtmatigheid immers mogelijk door in de bestuursrechtelijke verhouding tussen

49 Sociaalwetenschappelijke evaluatie WPR 1995, p. 130.
50 Sociaalwetenschappelijke evaluatie WPR 1995, p. 130 en 179.
51 Sociaalwetenschappelijke evaluatie WPR 1995, p. 125 en Overkleeft-Verburg 1995, p. 92 en 567.
52 Overkleeft-Verburg 1995, p. 101.
53 Overkleeft-Verburg 1995, p. 54.
54 Overkleeft-Verburg 1995, p. 44, 54, 63 en 566.
55 Blok 2002a, p. 18-19. Volgens Blok is dit te herleiden tot de keuze van de Staatscommissie Koopmans om gevaren die zijn verbonden aan de informatiemacht van de overheid onder te brengen bij het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer; Blok 2002a, p. 20-22.

burger en bestuur. Maar dit werd in de WPR noch in haar wetsgeschiedenis onderkend. Dat deze enkel civielrechtelijk kon worden gehandhaafd, zal hier ook niet aan hebben bijgedragen. Bezien tegen deze achtergrond verbaast het niet dat de WPR onvoldoende werd geadopteerd door bestuursrechtjuristen en zo een 'corpus alienum', oftewel een lichaamsvreemd object, bleef.[56]

2.2.2 Fase II: Europese integratie

Richtlijn 95/46

Nog voordat de regering in 1981 het voorstel voor een wet op de persoonsregistraties indiende, werd binnen de voorloper van de Europese Unie, de Europese Economische Gemeenschap (EEG), al nagedacht over het gegevensbeschermingsrecht.[57] Oorspronkelijk was binnen de EEG de communis opinio dat Conventie 108 volstond om 'op Europees vlak een uniform niveau van gegevensbescherming te creëren'.[58] De Europese Commissie beval in 1981 alle lidstaten aan om dit verdrag te ratificeren.[59] Desondanks bleven nog steeds verschillen bestaan in gegevensbescherming. Zo hadden slechts zeven van de (destijds) twaalf lidstaten eigen gegevensbeschermingswetten die onderling uiteenliepen, wat het vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de interne markt zou belemmeren.[60]

In 1990, slechts één jaar na de inwerkingtreding van de WPR, zette de Europese Commissie met haar voorstel voor een Gegevensbeschermingsrichtlijn – Richtlijn 95/46 – een stap om het gegevensbeschermingsrecht te harmoniseren. Deze richtlijn trad in 1995 in werking. Zij was een omnibusregeling, aangezien zij gelijkelijk van toepassing was op de publieke en de private sector.[61] Blijkens artikel 1 van de richtlijn had zij een tweeledige doelstelling. Allereerst werd met de introductie van Richtlijn 95/46 beoogd het vrije verkeer van persoonsgegevens in de Unie te faciliteren.[62] De Uniewetgever sprak in dat kader de verwachting uit dat de werking van de interne markt 'een aanzienlijke toename' van grensoverschrijdende gegevensuitwisselingen tussen lidstaten tot gevolg zou hebben.[63] Daarom achtte hij het noodzakelijk in de Unie gegevensbeschermingsregels te harmoniseren. Ten tweede beoogde de Uniewetgever de fundamentele rechten en vrijheden van natuurlijke personen, 'inzonderheid de persoonlijke levenssfeer' te beschermen.[64] In dat verband is relevant dat hij zich blijkens considerans 4 van Richtlijn 95/46 realiseerde dat publieke en private actoren in toenemende mate persoonsgegevens konden verwerken en dat ontwikkelingen in de technologie dit aanzienlijk hadden vergemakkelijkt.[65] Met

56 Overkleeft-Verburg 1995, p. 101.
57 Resolution of the European Parliament on the protection of the rights of the individual in the face of technical developments in data processing, 1979, *OJC* 140/34. Zie hierover in detail González Fuster 2014, p. 117.
58 Europese Commissie, 81/679/EEG 1981, p. 1.
59 Europese Commissie, 81/679/EEG 1981, p. 1.
60 Europese Commissie 1990, p. 3, in het bijzonder punt 6. Denemarken, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk, Ierland, Luxemburg en Nederland hadden destijds wel gegevensbeschermingswetgeving vervaardigd.
61 Art. 1, eerste lid, Richtlijn 95/46.
62 Art. 1, eerste lid, Richtlijn 95/46 en considerans 3, 6, 8 en 9 van Richtlijn 95/46.
63 Considerans 5 van Richtlijn 95/46.
64 Art. 1, eerste lid, Richtlijn 95/46 en considerans 2, 7 en 11 van Richtlijn 95/46.
65 Considerans 4 van Richtlijn 95/46.

Richtlijn 95/46 werd in zekere zin getracht de informationele disbalans te herstellen tussen de geregistreerde enerzijds en de instantie die de registratie had verricht anderzijds.[66] Dat deed de richtlijn door informatierechten toe te kennen aan de geregistreerde (de betrokkene) en materiële normen te vervaardigen waaraan degene die de registratie verrichtte (de verantwoordelijke) moest voldoen.

Met de tweede, op fundamentele rechten geënte, doelstelling van Richtlijn 95/46 was echter iets bijzonders aan de hand. Hoewel de bescherming van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer een doelstelling van de richtlijn was, had de Europese wetgever destijds geen competentie om regels te vervaardigen ter bescherming van fundamentele rechten. De rechtsgrondslag van Richtlijn 95/46 was dan ook artikel 100A Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (thans art. 114 VWEU). Hierin was een algemene bevoegdheid neergelegd voor de Europese wetgever om regels te vervaardigen over de interne markt. Bezien tegen deze achtergrond verbaast het niet dat in de totstandkomingsgeschiedenis en considerans van Richtlijn 95/46 vooral werd gewezen op het belang van het vrije verkeer van persoonsgegevens. Zo benadrukte de Europese Commissie dat een gelijkwaardige bescherming van persoonsgegevens noodzakelijk zou zijn 'ten einde de belemmeringen van het gegevensverkeer (…) van de interne markt op te heffen'.[67] Ook het Hof van Justitie benadrukte in de eerste jaren van Richtlijn 95/46 vooral het belang van harmonisatie met het oog op marktintegratie.[68]

De Wet bescherming persoonsgegevens

De Nederlandse wetgever zette Richtlijn 95/46 om in de Wbp. Deze wet trad in 2001 in werking. De Wbp was een omnibuswet. Zij was gelijkelijk van toepassing op verwerkingen in het publieke en het private domein. Zowel tijdens de parlementaire behandeling van deze wet als na haar inwerkingtreding zijn vraagtekens gezet bij deze omnibusbenadering.[69] Zouden regels inzake gegevensbescherming niet beter kunnen worden opgenomen in de Awb of het BW om zo de verbinding met het bestuursrecht en privaatrecht te waarborgen?[70] De wetgever koos desondanks voor zelfstandige codificatie. Dit zou de overzichtelijkheid, kenbaarheid en systematiek van het gegevensbeschermingsrecht als nieuw te ontwikkelen

66 Zie hierover Purtova, in navolging van Mayer-Schönberger: "The 1995 EU Directive on data protection is the fruit of this most recent evolutionary move in Europe. Its rationale is the restoration of the balance of power between individuals and data processing actors, and, once this has been achieved, the reliance is yet again on individual participatory rights. As a consequence, fourth generation data protection legislation returned to the method of state regulation employed by the first generation approach, but also retained the individual participatory rights introduced by the third. It is now a mix of individual positive and negative rights and positive and negative obligations of data processing organizations, the latter of which are enforced both privately and by supervisory government agencies." Zie Mayer-Schönberger 1997, p. 232-234; Purtova 2011, p. 9.

67 Europese Commissie 1990, p. 5.

68 Dit deed het Hof bijvoorbeeld in HvJ EG 20 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:294 (*Österreichischer Rundfunk*); HvJ EG 6 november 2003, ECLI:EU:C:2003:596 (*Lindqvist*). Zie hierover in detail Lynskey 2015, p. 51-59.

69 Blok 2002b, p. 303; Cuijpers 2004; Hustinx 2004, p. 270-272; Berkvens 2004, p. 267-269; Blok 2005, p. 246-252.

70 *Kamerstukken I* 1999/20, 25892, nr. 92b, p. 4-5; *Kamerstukken I* 1999/20, 25892, nr. 92c, p. 7-8 en *Kamerstukken I* 1999/20, 25892, nr. 34, p. 2.

rechtsgebied vergroten.[71] "We zullen moeten wennen aan het ontstaan van een nieuw rechtsgebied", stelde de wetgever tijdens de parlementaire behandeling van de Wbp.[72]

Aansluiting Wbp-Awb

De kritische evaluaties van de WPR indachtig, nam de wetgever verschillende maatregelen om de aansluiting van de Wbp op het bestuursrecht te verbeteren. Zo werd een gecompartimenteerd systeem voor de normering van persoonsgegevens geïntroduceerd. De Wbp zelf bevatte 'geen sluitend stelsel van concrete materiële normen over wat wel en wat niet zou mogen bij de verwerking van persoonsgegevens'.[73] Haar open normen moesten volgens de wetgever nader worden ingevuld via sectorale wetten, rechtspraak, gedragscodes of Europese soft law.[74] Deze concretisering was wel afhankelijk van de rechtsverhouding waarin de verwerking had plaatsgevonden: in publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen moest volgens de wetgever aansluiting worden gezocht bij de Awb, in private rechtsbetrekkingen bij het BW. Ter illustratie werd in de wetsgeschiedenis gewezen op de invulling van het begrip 'zorgvuldigheid'. Dit begrip moest in de publieke sector worden ingevuld met behulp van het zorgvuldigheidsbeginsel in artikel 3:2 Awb, terwijl in de private sector dit diende te geschieden tegen de achtergrond van de zorgvuldigheidsnorm in artikel 6:162 BW.[75]

Ook in de organisatie van rechtsbescherming koos de wetgever voor differentiatie. Anders dan de WPR, voorzag de Wbp in een gedifferentieerd systeem. De wetgever was de mening toegedaan dat de rechtmatigheidscontrole van een gegevensverwerking moest plaatsvinden in de context van het rechtsgebied waarin deze had plaatsgevonden.[76] Verwerkingen in het private domein bleven daarom vallen onder de bevoegdheid van de burgerlijke rechter. Rechtsbescherming tegen gegevensverwerkingen door bestuursorganen werd daarentegen bij de bestuursrechter ondergebracht. Aldus kreeg de bestuursrechter onder de Wbp een nieuwe bevoegdheid, die in de hierop volgende hoofdstukken uitvoerig zal worden geanalyseerd.

Ondanks deze aandacht voor de inbedding van de Wbp in het Nederlandse rechtsbestel, bleek al snel dat zij weinig leefde in de praktijk. De eerste evaluatie van de Wbp maakte duidelijk dat deze wet weinig effect had op de rechtspraktijk. De onderzoekers stelden dat dit deels verband hield met de:

> "moeizame aansluiting van de Wbp bij het Nederlandse rechtssysteem. Het gelaagde en gecompartimenteerde systeem voor de bescherming van persoonsgegevens is bijzonder complex geworden en tendeert soms zelfs naar overregulering. Daar komt bij dat het

71 *Kamerstukken I* 1999/20, 25892, nr. 92c, p. 7-8 en 16.

72 *Kamerstukken I* 1999/20, 25892, nr. 92c, p. 16. Op de achtergrond speelde mee dat in de nota 'Wetgeving op de elektronische snelweg' uit 1998 was vastgelegd dat vanwege de 'technologische turbulentie' wetgeving zo veel als mogelijk techniekneutraal moest worden geformuleerd. In de nota werd specifiek verwezen naar Richtlijn 95/46 en de Nederlandse implementatie ervan: 'alle regels over privacy worden opgenomen in een algemene privacywet en niet in verschillende technologie gebaseerde sectorspecifieke wetten'. Zie hierover *Kamerstukken II* 1997/98, 25880, nr. 2, p. 14.

73 *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 37.

74 *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 6.

75 *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 11-14 en 20.

76 *Kamerstukken II* 1998/99, 25892, nr. 6, p. 5.

> begrippenapparaat en instrumentarium van de Wbp als zodanig te abstract zijn en te veel ruimte laten voor interpretatie om een helder kader te vormen voor de beoordeling van concrete vragen en situaties. Daarmee wordt de doelstelling van het vaststellen van een begrippenapparaat dat bruikbaar is voor rechtsvorming en voor de afweging van belangen niet (ten volle) gerealiseerd."[77]

Bovendien was van naleving van de Wbp maar beperkt sprake. In de eerste wetsevaluatie werd hierover opgemerkt dat:

> "veel rechten en plichten van verantwoordelijken en betrokkenen die voortvloeien uit de Wbp, niet optimaal worden uitgeoefend door een gebrek aan bekendheid van deze rechten en plichten. Een van de centrale doelstellingen van de Wbp, namelijk het vergroten van de transparantie van gegevensverwerking door de toekenning van rechten en plichten en het instellen van een toezichthouden lijkt daarmee (ten dele) onverwezenlijkt."[78]

Uit de tweede (empirische) evaluatie van de Wbp bleek dat burgers zelden gebruikmaakten van hun informatierechten, zoals het recht op inzage en correctie.[79] Een mogelijke verklaring daarvoor zou liggen in het vertrouwen dat burgers hadden in de overheid en de wijze waarop zij omging met persoonsgegevens. Uit diverse bronnen zou volgens de onderzoekers van de tweede wetsevaluatie volgen dat burgers "een veel groter vertrouwen hebben in overheden, dan in bedrijven als het gaat om de wijze waarop organisaties met hun persoonsgegevens omgaan. Daarbij speelt volgens een respondent mogelijk een rol de gedachte dat wanneer de overheid gegevens verzamelt, dat voor een hoger doel, het algemeen belang is en dat het dan wel goed zit met het belang van privacybescherming."[80]

> De beperkte kenbaarheid van de Wbp was overigens niet uniek: ook in andere lidstaten was sprake van geringe bekendheid van gegevensbeschermingswetgeving.[81] Hierdoor ontstond in de praktijk een vicieuze cirkel: normen uit de Wbp waren welbewust open geformuleerd, in de veronderstelling dat deze zouden worden geconcretiseerd via rechtspraak, sectorale normen en zelfregulering. Maar in de praktijk bleef deze normering uit.[82] Over de Wbp kwam nauwelijks jurisprudentie tot ontwikkeling, ook sectorale normering en zelfregulering kwamen niet van de grond.[83] Op de achtergrond speelde mogelijk mee dat burgers niet wisten hoe zij toegang tot rechtsbescherming konden verkrijgen. Daar waar zij deze weg wél wisten te vinden, werd de drempel om te procederen te hoog geacht.[84] Hierdoor bleven de open normen uit de Wbp betrekkelijk abstract en lieten ze in de praktijk te veel ruimte voor interpretatie.[85] Schreuders en Gardeniers merkten hierover op dat: "*het in de praktijk van alle dag nagenoeg ondoenlijk is om volledig uitvoering te geven aan de materiële normen. De blijkbaar in de Wbp opgesloten verwachting dat personen en organisaties bij elke afzonderlijke verwerking het stramien van de Wbp zullen doorlopen en dat het voor iedereen die met persoonsgegevens werkt mogelijk is om handen en voeten te geven aan de vele open*

77 Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens 2007, p. 13.
78 Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens 2007, p. 13.
79 Tweede fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens 2008, p. 151.
80 Tweede fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens 2008, p. 152. Zie in dat verband ook: WRR 2011, p. 197.
81 EOS Gallup Europe 2003; Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens 2007, p. 84.
82 Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens 2007, p. 13 en 175; Tweede fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens 2008, p. 146-148.
83 Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens 2007, p. 13 en 175; Tweede fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens 2008, p. 157.
84 Tweede fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens 2008, p. 156-157.
85 Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens 2007, p. 175.

normen is, in strikte zin, eenvoudig weg niet realistisch. In die zin vergt de Wbp meer van mensen dan menselijk haalbaar is. En in die zin is de Wbp, evenals de WPR, een onderwerp voor specialisten."[86] Overigens zag lang niet iedereen de Wbp als een probleem. Uit de tweede wetsevaluatie blijkt dat organisaties die weinig wisten over de Wbp haar niet ervoeren als een lastig toepasbare regeling: "*Zo lang je weinig over de Wbp weet heb je er ook geen last van.*"[87] Kortom: *wat niet weet, wat niet deert*.[88]

Het EU-Grondrechtenhandvest en het Verdrag van Lissabon

Terwijl op nationaal niveau de Wbp nauwelijks van de grond kwam, werd in Europa juist voortvarend gewerkt aan het bouwwerk van het gegevensbeschermingsrecht. De gelegenheid daartoe werd geboden door de transformatie die de Europese Unie zelf onderging. Waar zij in de beginjaren voornamelijk gericht was op het verzekeren van marktintegratie, kreeg zij gaandeweg meer oog voor de verwezenlijking van fundamentele rechten. Deze constitutionalisering van de Unie werkte ook door in haar grondslagen, in het bijzonder de primaire verdragen.

Een eerste cruciaal moment betrof het jaar 2000, toen het EU-Grondrechtenhandvest werd afgekondigd. In de preambule van het Handvest, dat sinds het Verdrag van Lissabon in 2009 de status heeft van primair recht, wordt de verbinding gelegd tussen de interne markt en de bescherming van grondrechten. Voor de bevordering van de interne markt, zo wordt overwogen, is het noodzakelijk 'de bescherming van de grondrechten in het licht van de ontwikkelingen in de maatschappij, de sociale vooruitgang en de wetenschappelijke en technologische ontwikkelingen te versterken door die rechten zichtbaarder te maken in een handvest'.[89] Hoewel het Handvest slechts beoogde bestaande grondrechten te codificeren, ging het ten aanzien van het recht op gegevensbescherming aanzienlijk verder.[90] Anders dan het EVRM, zijn in het Handvest het recht op privacy (art. 7 EU-Grondrechtenhandvest) en gegevensbescherming (art. 8 EU-Grondrechtenhandvest) losgekoppeld.[91] Het Handvest zette zo een grote stap om het recht op gegevensbescherming te verzelfstandigen. Dat was opmerkelijk, nu het recht op gegevensbescherming, anders dan het recht op privacy, niet gold als een algemeen beginsel van Unierecht.[92] In de constitutionele tradities van de lidstaten, waaronder die van Nederland, werd het recht op gegevensbescherming niet als een zelfstandig grondrecht opgevat.[93]

86 Schreuders & Gardeniers 2005, p. 261. Zie hierover ook Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens 2007, p. 72 e.v.; De Hert & Gutwirth 2004, p. 587-631.
87 Tweede fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens 2008, p. 94.
88 Dat was ook de titel van de tweede evaluatie van de Wbp.
89 Dit volgt uit de preambule van het EU-Grondrechtenhandvest.
90 González Fuster 2014, p. 199-200; Hofman, *De beveiliging van persoonsgegevens (O&R nr. 135)* 2022, p. 136-137.
91 Van der Sloot 2021, p. 583.
92 Lynskey 2014, p. 574.
93 Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000. Zie ook: González Fuster 2014, p. 199-200; Lynskey 2014, p. 574; Brkan 2017, p. 12; Hofman, *De beveiliging van persoonsgegevens (O&R nr. 135)* 2022, p. 137. De Staatscommissie Grondwet heeft in 2010, verwijzend naar het EU-Grondrechtenhandvest, tevergeefs, een lans gebroken voor zelfstandige opname van het recht op gegevensbescherming in de Nederlandse Grondwet. Zie Staatscommissie Grondwet 2010, p. 80-81. Zie hierover ook Koops 2011, p. 170; Verhey 2011, p. 160.

De inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon markeert een tweede cruciaal moment in de vormgeving van het Europees gegevensbeschermingsrecht. Dit verdrag heeft namelijk gezorgd voor de codificatie van een zelfstandige bepaling inzake gegevensbescherming in het Verdrag betreffende de Werking van de EU (VWEU). In artikel 16, eerste lid, VWEU is vastgelegd dat eenieder recht heeft op bescherming van de hem betreffende persoonsgegevens. Tevens is in het tweede lid van dit artikel aan de Europese wetgever de bevoegdheid toegekend om via de gewone wetgevingsprocedure voorschriften vast te stellen over gegevensbescherming.

Kranenborg en Verhey stellen dat de codificatie van artikel 16 VWEU duidt op een belangrijke transformatie van het Europees gegevensbeschermingsrecht, en wel om drie redenen.[94] Allereerst is het volgens hen hierdoor 'niet langer nodig een "toevlucht" te zoeken in de rechtsgrondslag voor het bewerkstelligen van de interne markt'. Daarnaast heeft het recht op gegevensbescherming nu de status van subjectief recht, waardoor burgers zich hierop in rechte kunnen beroepen. Tot slot wijzen zij op het feit dat artikel 16 VWEU in een vooraanstaand deel van het VWEU is geplaatst, te weten in het eerste deel van het verdrag, waarin de beginselen van de EU zijn neergelegd. Deze constitutionalisering van het recht op gegevensbescherming vond ook weerslag in rechtspraak van het Hof van Justitie.[95]

2.2.3 Fase III: de AVG als voorlopig sluitstuk van de Europese integratie

De AVG is in mei 2018 van toepassing geworden. Hierdoor zijn de Wbp en Richtlijn 95/46 komen te vervallen. De rechtsbasis van de verordening is artikel 16, tweede lid, VWEU. Net als Richtlijn 95/46 heeft ook de AVG een tweeledige doelstelling: de bescherming van fundamentele rechten van betrokkenen, met name het recht op gegevensbescherming als bedoeld in artikel 8 EU-Grondrechtenhandvest, en de facilitering van het vrije verkeer van persoonsgegevens.[96] De AVG wordt alom beschouwd als een kantelpunt in de bescherming van persoonsgegevens. Hoewel zij de systematiek van Richtlijn 95/46 grotendeels continueert, introduceert zij belangrijke vernieuwingen ten aanzien van het toezicht op gegevensverwerkingen, versterkt zij de informatierechten van betrokkenen en kent zij strengere transparantieverplichtingen voor instanties die persoonsgegevens verwerken.[97] Wellicht nog belangrijker dan deze wettelijke vernieuwingen is de toegenomen bewustwording over het belang van gegevensbescherming. Anders dan de WPR en de Wbp heeft de AVG het gegevensbeschermingsrecht wél op de kaart weten te zetten, in het bijzonder door de toezichthouder te voorzien van een nieuwe en forse boetebevoegdheid.[98] Zo kan hij niet-naleving van de verordening door overheden en bedrijven sanctioneren met een

94 Kranenborg & Verhey 2018, p. 46-48.
95 Zie in dat verband bijvoorbeeld: HvJ EG 20 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:294 (*Österreichischer Rundfunk,*); HvJ EG 29 januari 2008, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*); HvJ EU 9 november 2010, ECLI:EU:C:2010:662 (*Volker und Markus Schecke en Eifert*); HvJ EU 8 april 2014, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights*); HvJ EU 13 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google t. Spanje*). Zie hierover onder meer: González Fuster 2014, p. 131-139; Lynskey 2015, p. 63-65; Brkan 2017, p. 10-31; Brkan 2019, p. 964-883.
96 Art. 1 AVG en considerans 1 van de AVG.
97 *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 5.
98 Art. 58 en 83 AVG.

bestuurlijke boete van maximaal € 20 miljoen of 4% van de wereldwijde jaaromzet.[99] Mede door de angst voor torenhoge boetes in combinatie met het toegenomen bewustzijn over de risico's van digitalisering krijgt gegevensbescherming nu wél aandacht. Ook onder burgers lijkt een groter bewustzijn te bestaan over het belang van gegevensbescherming, wat wordt bevestigd door de evaluaties van de AVG van de Europese Commissie en de *Fundamental Rights Agency*.[100]

De Uitvoeringswet AVG

Hoewel de AVG rechtstreeks doorwerkt in de rechtsordes van de lidstaten, was het noodzakelijk om ten aanzien van bepaalde delen ervan, waaronder de organisatie van rechtsbescherming, uitvoeringswetgeving te vervaardigen. De Nederlandse wetgever heeft hieraan voldaan door middel van de Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming (Uitvoeringswet AVG). Wat betreft rechtsbescherming heeft deze wet geen vernieuwingen geïntroduceerd: het gedifferentieerde systeem voor rechtsbescherming is een-op-een overgenomen uit de Wbp.[101] In deel II van dit proefschrift zal hierbij uitvoerig worden stilgestaan.

Met de integrale herziening van het gegevensbeschermingsrecht heeft de Europese wetgever ook voor een nieuw rechtsinstrument gekozen: de richtlijn is ingeruild voor een verordening. Aan deze keuze liggen twee redenen ten grondslag. De eerste houdt verband met de juridische fragmentatie die onder Richtlijn 95/46 was ontstaan. Hoewel de richtlijn tot doel had een gelijkwaardige bescherming ten aanzien van gegevensbescherming te realiseren, slaagde zij er niet in om de versnippering op dit punt weg te nemen.[102] Grote inhoudelijke verschillen in nationale regelgeving bleven bestaan, wat leidde tot rechtsonzekerheid. Met een verordening, die rechtstreeks doorwerkt, heeft de Europese wetgever getracht deze belemmeringen weg te nemen. De tweede reden ligt besloten in voortschrijdende technologisering. Toen Richtlijn 95/46 in de jaren negentig in werking trad, stond het internet nog in de kinderschoenen.[103] Weliswaar transformeerde het internet in die jaren van een militair netwerk naar een publiek medium en kregen steeds meer mensen een computer in bezit.[104] Maar deze ontwikkeling was nog heel pril. Zo legt Stikker uit dat slechts een handjevol mensen – waaronder wetenschappers, hackers, kunstenaars en activisten – in die jaren de sociale, technische en culturele mogelijkheden van het internet konden verkennen.[105] In de daaropvolgende jaren is de wereld echter veranderd. Zo is in de considerans van de AVG gewezen op het feit dat door technologische ontwikkelingen nieuwe uitdagingen zijn ontstaan voor de bescherming van persoonsgegevens. "Door snelle technologische ontwikkelingen en globalisering zijn nieuwe uitdagingen voor de bescherming van persoonsgegevens ontstaan. De mate waarin persoonsgegevens worden verzameld en gedeeld, is significant gestegen. Dankzij de technologie kunnen bedrijven en overheid bij het uitvoeren van hun activiteiten meer dan ooit tevoren gebruikmaken

99 Art. 83 AVG.
100 Europese Commissie 2020, p. 9; Fundamental Rights Agency 2020, p. 12.
101 Art. 34 UAVG en *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 117.
102 Considerans 8 en 9 van Richtlijn 95/46 en considerans 9 van de AVG.
103 Considerans 5 van de AVG. Zie ook: Stikker 2019, p. 47.
104 Zie hierover in detail Stikker 2019, p. 17-84.
105 Stikker 2019, p. 21-22.

van persoonsgegevens. Natuurlijke personen maken hun persoonsgegevens steeds vaker wereldwijd bekend."[106] Deze constateringen indachtig, is ervoor gekozen een 'krachtiger en coherenter kader voor gegevensbescherming in de EU tot stand te brengen'.[107] De AVG is hiervan het resultaat.

2.3 De grondslagen van het Europees gegevensbeschermingsrecht

2.3.1 Omnibuswetgeving

De omgang met persoonsgegevens kan doorgaans op twee manieren wettelijk worden genormeerd.[108] In de eerste plaats kunnen gegevensbeschermingsregels in omnibuswetgeving worden neergelegd. In dat geval zijn de gegevensbeschermingsregels gelijkelijk van toepassing op de publieke én de private sector. In de tweede plaats kunnen gegevensbeschermingsregels worden gecodificeerd in sectorale wetten. Dan worden per sector regels geformuleerd over de omgang met persoonsgegevens. De AVG valt in de eerste categorie wetgeving. Deze verordening is, net als eerder Richtlijn 95/46 en de Wbp dat waren, een omnibuswet. Zij is als algemene wet gelijkelijk van toepassing op de publieke en de private sector.

Het onmibuskarakter van het Europees gegevensbeschermingsrecht komt scherp tot uitdrukking in de normadressaat ervan. De verwerkingsverantwoordelijke geldt hier namelijk als rechtssubject.

De verwerkingsverantwoordelijke
Volgens artikel 4, onderdeel 7, AVG, kan iedere natuurlijke persoon, privaatrechtelijke rechtspersoon of overheidsinstantie verwerkingsverantwoordelijke zijn, zolang zij, alleen of tezamen, het doel en de middelen van de gegevensverwerking vaststellen.[109] Deze definitie is grotendeels overgenomen uit artikel 2, sub d, Richtlijn 95/46. Het grootste verschil tussen de twee bepalingen is dat de verordening de term 'verwerkingsverantwoordelijke' bezigt, terwijl Richtlijn 95/46 sprak van 'voor de verwerking verantwoordelijke'.[110] Materieel komen deze begrippen echter op hetzelfde neer. Zo bezien kan worden gesteld dat de rechtspraak die ten tijde van Richtlijn 95/46 is gewezen over het begrip 'verantwoordelijke' door de komst van de AVG niet aan belang heeft ingeboet.[111]

106 Considerans 9 van de AVG.
107 Europese Commissie 2012a, p. 2.
108 Lynskey 2019, p. 15. Kort gezegd, want wetgevingspraktijken zijn doorgaans een stuk weerbarstiger. In dat verband merkt Newman op dat "[t]he two regimes are extreme cases of a spectrum of regulatory systems and do not fully capture the richness of the empirical cases. Focusing on formal rules and regulatory institutions, they do not describe the nuance of on-the-ground implementation, technological efforts, or the activities of civil society. They can, however, serve as important benchmarks for comparison within and between regulatory systems." Zie hierover in detail Newman 2008, p. 23.
109 Art. 4, onderdeel 7, AVG.
110 Art. 4, eerste lid, AVG en art. 2, sub a, Richtlijn 95/46.
111 HvJ EU 20 juli 2017, ECLI:EU:C:2017:582, r.o. 3 (*Nowak* (conclusie A-G Kokott)).

De AVG hanteert naast de term 'overheidsinstantie' ook die van 'overheidsorgaan', 'publiekrechtelijke persoon', 'openbare organen', 'autoriteiten' en 'publieke actoren'. Deze begrippen worden in de verordening niet nader geduid.[112] Volgens het Europees Comité voor gegevensbescherming moet het concept 'overheidsinstantie of overheidsorgaan' uit de AVG echter breed worden opgevat.[113]

> Het Europees Comité voor gegevensbescherming is een onafhankelijk orgaan dat bestaat uit de voorzitters van de nationale toezichthoudende autoriteiten en de voorzitter van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming.[114] Het Comité is verantwoordelijk voor de consequente toepassing van de AVG.[115] Daartoe kan het, gevraagd dan wel ongevraagd, onder meer richtsnoeren en aanbevelingen vervaardigen. Het Europees Comité voor gegevensbescherming is de opvolger van de Artikel 29 Werkgroep. Deze werkgroep adviseerde ten tijde van Richtlijn 95/46 over de toepassing van het Europees gegevensbeschermingsrecht.

> De adviezen van het Europees Comité voor gegevensbescherming zijn juridisch niet-bindend, nu zij gelden als soft law.[116] Desondanks zijn in de rechtspraktijk dergelijke instrumenten van soft law gezaghebbend.[117] Zo heeft het Hof van Justitie in de zaak *Grimaldi* ten aanzien van aanbevelingen overwogen dat nationale rechters hiermee rekening dienen te houden bij het uitleggen van nationale en Unierechtelijke bepalingen.[118] Om die reden kunnen zulke instrumenten indirect toch een zekere bindende werking hebben.

Het begrip 'verwerkingsverantwoordelijke' moet autonoom worden uitgelegd.[119] Dit betekent dat het in lijn met Europese gegevensbeschermingsregels moet worden geïnterpreteerd. Hoewel externe juridische bronnen behulpzaam kunnen zijn om te bepalen wie verwerkingsverantwoordelijke is, mogen zij geen afbreuk doen aan de werking van het gegevensbeschermingsrecht. Uiteindelijk moet worden gewaarborgd dat het begrip 'verwerkingsverantwoordelijke' dermate ruim wordt uitgelegd, dat een doeltreffende en volledige werking van de AVG kan worden verzekerd.[120] Het begrip 'verwerkingsverantwoordelijke' betreft tevens een *functioneel begrip.* Het is primair bedoeld om de verantwoordelijkheid voor de gegevensverwerking daar te leggen waar feitelijke invloed op de verwerking wordt uitgeoefend.[121] Dit betekent dat naar de systematiek van het Europees gegevensbeschermingsrecht de vraag of een entiteit verwerkingsverantwoordelijke is, afhangt van haar 'feitelijke activiteiten in een specifieke situatie (…)'.[122] Een formele aanwijzing van een partij als verwerkingsverantwoordelijke in bijvoorbeeld een overeenkomst kan hier geen afbreuk aan doen.

---

112 Zie onder meer considerans 5, 45, 93 en 154 van de AVG. Zie hierover ook Von Meijenfeldt 2017, p. 125.
113 Europees Comité voor gegevensbescherming 2020, p. 7.
114 Art. 68 AVG.
115 Art. 70, eerste lid, AVG.
116 Luijendijk & Senden 2011, p. 316.
117 Van den Brink & Van Dam 2014, p. 26-27; Van Dam 2020, p. 317-318.
118 Van den Brink & Van Dam 2014, p. 26; HvJ EG 13 december 1989, ECLI:C:1989:646 (*Grimaldi*).
119 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 10.
120 HvJ EU 5 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:388, r.o. 28 (*Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*); HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:629, r.o. 66 (*Fashion ID*).
121 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 10; HvJ EU 24 oktober 2017, ECLI:EU:C:2017:796 (*Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein* (conclusie A-G Y. Bot)).
122 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 10; HvJ EU 10 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:57, r.o. 68 (*Jehovah's getuigen* (conclusie A-GP. Mengozzi)).

Op hoofdlijnen kan het begrip 'verwerkingsverantwoordelijke' worden opgedeeld in drie elementen. Het eerste element betreft het type entiteit dat kan kwalificeren als verwerkingsverantwoordelijke.[123] Op grond van de AVG kan in principe iedere publieke of private entiteit, natuurlijke persoon of groep personen de rol van verwerkingsverantwoordelijke op zich nemen.[124] Vaak wordt binnen een publieke (of private) instantie een specifieke persoon aangewezen die de verantwoordelijkheid draagt voor de naleving van gegevensbeschermingsregels. Een dergelijk persoon is dan geen verwerkingsverantwoordelijke. Hij treedt namelijk slechts 'op namens de rechtspersoon (onderneming of overheidsinstantie) die uiteindelijk verantwoordelijk is' voor de naleving van de AVG.[125] Uit artikel 4, onderdeel 7, AVG vloeit voort dat in sommige gevallen meerdere entiteiten verantwoordelijk kunnen zijn voor dezelfde gegevensverwerking.[126] Dat is het geval indien twee of meer verwerkingsverantwoordelijken tezamen het doel en de middelen van de verwerking bepalen. In dat geval zijn zij *gezamenlijk verwerkingsverantwoordelijk.*

> Gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid brengt additionele verantwoordelijkheden met zich mee. Zo moeten de verwerkingsverantwoordelijken transparant zijn over de wijze waarop zij tezamen de AVG naleven, onder meer met betrekking tot de wijze waarop betrokkenen jegens hen hun AVG-informatierechten kunnen effectueren.[127]

Het tweede element betreft de invloed die de verwerkingsverantwoordelijke heeft op de verwerking.[128] Volgens artikel 4, onderdeel 7, AVG is de verwerkingsverantwoordelijke de entiteit die het doel en de middelen van de verwerking *vaststelt.* Dit impliceert dat de verwerkingsverantwoordelijke *zeggenschap* heeft over de belangrijkste elementen van de verwerking.[129] Die zeggenschap kan uit *wettelijke bepalingen* of *feitelijke invloed* voortvloeien.[130] Wanneer de verwerkingsverantwoordelijke bij wet is aangewezen, wordt verondersteld dat deze volgens de wetgever in staat is zeggenschap over de gegevensverwerking uit te oefenen.[131]

> Volgens het Europees Comité voor gegevensbescherming kan in nationale wetgeving van lidstaten geëxpliciteerd worden welke overheidsinstanties verantwoordelijk zijn voor de verwerking van persoonsgegevens voor de uitoefening van publieke taken.[132] Tegelijkertijd merkt het Comité op dat het gebruikelijker is dat in wetgeving slechts een verplichting wordt neergelegd om voor een bepaald doel – bijvoorbeeld een publieke taak – persoonsgegevens te verwerken. De vraag wie kwalificeert als verwerkingsverantwoordelijke zal dan uit wetgeving worden afgeleid. Volgens het Comité geldt daarbij dat de entiteit die bij wet is aangewezen voor de verwezenlijking van de publieke taak ook de verwerkingsverantwoordelijke is.

---

123 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 11.
124 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 11.
125 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 12.
126 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 16.
127 Art. 26, eerste lid, AVG. Is sprake van een keten van gegevensverwerkingen die door meerdere entiteiten of personen wordt verricht, dan kan het nationale recht 'het doel van en de middelen voor alle door deze personen of entiteiten achtereenvolgens verrichte verwerkingen op zodanige wijze bepalen dat zij gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor de verwerking'. Zie hierover in detail HvJ EU 11 december 2024, ECLI:EU:C:2024:7, r.o. 45.
128 Europees Comité voor gegevensbescherming 2020, p. 12-13.
129 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 12.
130 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 13-14.
131 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 13.
132 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 13.

Wanneer in wetgeving geen voorschriften zijn neergelegd over de verwerkingsverantwoordelijkheid, moet op basis van de feitelijke omstandigheden waarin de verwerking plaatsvindt worden beoordeeld wie de verwerkingsverantwoordelijke is.[133] Volgens het Europees Comité voor gegevensbescherming moeten daarbij alle relevante feitelijke omstandigheden 'in aanmerking worden genomen, om te kunnen concluderen of een bepaalde entiteit een beslissende invloed uitoefent op de verwerking van de persoonsgegevens in kwestie'.[134]

Het derde en laatste element ziet op het voorwerp waarop de verwerkingsverantwoordelijke invloed uitoefent, namelijk *het doel en de middelen van de verwerking.*[135] Uit het beginsel van doelbinding volgt dat persoonsgegevens alleen mogen worden verwerkt voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doelen.[136] De entiteit die het doel van de verwerking vaststelt, bepaalt zowel *waarom* (dat wil zeggen: met welk oogmerk) als *hoe* (dat wil zeggen: met welke middelen) de verwerking plaatsvindt.[137] De verwerkingsverantwoordelijke moet over zowel het doel als de middelen van de verwerking beslissingsmacht hebben.[138]

Drie categorieën bepalingen

Voor dit proefschriftonderzoek zijn met name drie categorieën bepalingen uit het Europees gegevensbeschermingsrecht van belang, te weten: 1) materiële normen over de verwerking van persoonsgegevens; 2) subjectieve informatierechten; en 3) informatieverstrekkingsplichten.

De eerste categorie bestaat uit materiële normen waaraan een verwerkingsverantwoordelijke moet voldoen, wanneer deze persoonsgegevens verwerkt. De meest fundamentele normen zijn neergelegd in artikel 5 en 6 AVG.[139] De verwerkingsverantwoordelijke dient de verwerking van persoonsgegevens te kunnen herleiden tot, ten minste, één van de zes limitatieve verwerkingsgrondslagen die in artikel 6, eerste lid, sub a-f, AVG zijn opgenomen. Voor de publieke sector zijn met name twee verwerkingsgrondslagen van belang, te weten de c-grond, waarbij de verwerking noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust, en de e-grond, waarbij de verwerking vereist is voor de invulling van een taak van algemeen belang of een taak in het kader van de uitoefening van openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen. In artikel 5, eerste lid, AVG zijn de algemene beginselen van gegevensverwerking gecodificeerd. Iedere verwerking dient te voldoen aan 1) het beginsel van rechtmatigheid, behoorlijkheid en transparantie; 2) het doelbindingsbeginsel; 3) het beginsel van minimale gegevensverwerking; 4) het beginsel van juistheid; 5) het beginsel van opslagbeperking; en 6) het beginsel van integriteit en vertrouwelijkheid. In artikel 5, tweede lid, AVG is het verantwoordingsbeginsel neergelegd. Op grond hiervan is

133 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 14.
134 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 14.
135 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 16.
136 Dit volgt uit het beginsel van doelbinding dat is neergelegd in art. 5, eerste lid, onderdeel b, AVG.
137 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 16-17; HvJ EU 24 oktober 2017, ECLI:EU:C:2017:796, r.o. 46 (*Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein* (conclusie A-G Y. Bot)).
138 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 17.
139 Deze bepalingen komen grotendeels overeen met bepalingen uit Richtlijn 95/46 en de Wbp. In het vervolg zal daarom enkel worden verwezen naar de AVG.

de verwerkingsverantwoordelijke verantwoordelijk voor de naleving van deze beginselen en moet hij deze kunnen aantonen.[140]

> Het verantwoordingsbeginsel is nader uitgewerkt in artikel 24, eerste lid, AVG. Hieruit volgt dat de verwerkingsverantwoordelijke, indachtig de aard, de omvang, de context, het doel en de risico's van de gegevensverwerking, passende technische en organisatorische maatregelen moet treffen om aan te kunnen tonen dat de verwerkingen die zijn verricht in lijn met de AVG zijn.

De tweede categorie bestaat uit verschillende informatierechten die de betrokkene heeft ten aanzien van zijn persoonsgegevens. Zo heeft hij 1) het recht op inzage; 2) het recht op rectificatie; 3) het recht op gegevenswissing; 4) het recht op beperking van persoonsgegevens; 5) het recht op overdraagbaarheid van gegevens; 6) het recht op bezwaar; en 7) het recht om niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde gegevensverwerking of profilering gebaseerd besluit.[141] Deze informatierechten kunnen jegens de verwerkingsverantwoordelijke worden ingeroepen. Tezamen stellen ze de betrokkene in staat om *controle* uit te oefenen over de verwerking van zijn persoonsgegevens door derden.[142] In dit verband merken Lazaro en Le Métayer op dat 'the notion of control takes the shape of a toolbox at the disposal of the data subjects: they are equipped with a set of subjective "micro-rights" which supposedly enable them to be in control at the different stages of the processing of their data'.[143] Om die reden worden de subjectieve informatierechten uit het Europees gegevensbeschermingsrecht gezien als de 'hoeksteen' van dit recht.[144]

> Artikel 12 AVG schrijft voor hoe de verwerkingsverantwoordelijke met de betrokkene dient te communiceren over de uitoefening van deze informatierechten. Uit artikel 12, eerste lid, AVG volgt dat de verwerkingsverantwoordelijke in beknopte, transparante, begrijpelijke en gemakkelijke vorm dient te communiceren over de verwerking in kwestie. Op grond van artikel 12, tweede lid, AVG, moet hij de betrokkene bij de uitoefening van zijn informatierechten faciliteren.

Binnen de categorie subjectieve informatierechten neemt het inzagerecht, dat ook in artikel 8, tweede lid, EU-Grondrechtenhandvest is verankerd, een belangrijke rol in.[145] Een betrokkene kan immers pas controle uitoefenen over zijn gegevens en nagaan of

140 Art. 5, tweede lid, AVG en considerans 74 van de AVG. Zie hierover ook Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 9.

141 Zie art. 15-22 AVG. Het begrip 'besluit' waarnaar art. 22, eerste lid, AVG verwijst, dient binnen de systematiek van de verordening ruimer te worden opgevat dan het Awb-besluitbegrip. Ook private entiteiten vallen immers onder de reikwijdte van art. 22, eerste lid, AVG, wanneer zij gebruikmaken van geautomatiseerde besluitvorming. Zie in dat kader: *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 46.

142 Europese Commissie 2012b, p. 2; Lynskey 2015, p. 180; European Commission 2015; Lazaro & Le Métayer 2015, p. 19. Zie in dat verband ook: considerans 7 van de AVG.

143 Lazaro & Le Métayer 2015, p. 15-16.

144 Moerel & Prins 2016, p. 20.

145 Europees Comité voor gegevensbescherming 2022.

deze rechtmatig zijn verwerkt, als hij op de hoogte is van de verwerking.[146] In *Rijkeboer,* een zaak over het inzagerecht, heeft het Hof van Justitie zich uitgelaten over de functie van dit recht binnen de systematiek van het Europees gegevensbeschermingsrecht. In dat verband heeft A-G Ruiz-Jarabo Colomer in zijn conclusie gesteld dat het inzagerecht 'de werkelijke subjectieve dimensie van de richtlijn vormt, die, alles bij elkaar genomen, het individu toestaat te reageren ter verdediging van zijn belangen'.[147] Ook het Hof van Justitie heeft benadrukt dat de betrokkene toegang moet kunnen krijgen tot 'de gegevens die het voorwerp van een verwerking vormen en hemzelf betreffen, zodat hij de nodige controles kan verrichten'.[148] In het AVG-tijdperk heeft het Hof van Justitie onder meer in *J.M/Pankki*, *RW/Österreichische Post* en *Österreichische Datenschutzbehörde* in herinnering gebracht dat het inzagerecht een cruciale rol speelt bij de verwezenlijking van de rechten van verdediging van de betrokkene.[149]

In de literatuur is de nodige kritiek geuit op het idee dat betrokkenen controle zouden kunnen uitoefenen over hun eigen gegevens. Deze controle kunnen zij pas uitoefenen als zij kennis hebben van de verwerking en weten hoe zij hiertegen kunnen ageren. Dit is echter lang niet altijd het geval.[150] Zelfs als zij wel op de hoogte zijn van de verwerking, kan het alsnog lastig zijn naleving van gegevensbeschermingsregels te vorderen In dat verband constateren Moerel en Prins in hun preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging (NJV) dat in de datagedreven samenleving individuen nauwelijks tot niet in staat zijn hun informatierechten te effectueren: "Bij gegevensverwerkers krijgen ze veelal nul op rekest, de toezichthouder pakt individuele klachten van consumenten niet of slechts in uitzonderlijke situaties op en effectieve rechtsbescherming via een (civiele) procedure is illusoir. Niet alleen zullen de kosten van de laatstgenoemde route nogal in de papieren lopen. Ook is het voor individuen lastig aan te tonen wie verantwoordelijk is voor de betreffende inbreuk, in welke mate zij in hun individuele privacybelang zijn geschaad en wat de schade is waarin het onrechtmatige gegevensgebruik resulteert."[151] Bezien tegen deze achtergrond stellen Moerel en Prins dat

146 Zie in dat verband considerans 39 en 63 van de AVG. Uit considerans 39 volgt dat elke verwerking van persoonsgegevens behoorlijk en rechtmatig dient te geschieden. Ook volgt hieruit dat voor de betrokkene transparant moet zijn dat hem betreffende gegevens worden verzameld, gebruikt of anderszins verwerkt of zullen worden verwerkt. Uit considerans 63 bij de AVG volgt dat de betrokkene het recht moet hebben om 'de persoonsgegevens die over hem zijn verzameld, in te zien, en om dat recht eenvoudig en met redelijke tussenpozen uit te oefenen, zodat hij zich van de verwerking op de hoogte kan stellen en de rechtmatigheid daarvan kan controleren'. Zie in vergelijkbare zin: considerans 38 bij Richtlijn 95/46.

147 HvJ EG 22 december 2008, ECLI:EU:C:2008:773, r.o. 29 (*Rijkeboer* (conclusie A-G Ruiz-Jarabo Colomer)).

148 HvJ EG 7 mei 2009, ECLI:EU:C:2009:293, r.o. 49 (*Rijkeboer*).

149 HvJ EU 12 januari 2023, ECLI:EU:C:2023:3, r.o. 37-38 (*RW/Österreichische Post*); HvJ EU 4 mei 2023, ECLI:EU:C:2023:369, r.o. 34-35 (*F.F./Österreichische Datenschutzbehörde*); HvJ EU 22 juni 2023, ECLI:EU:C:2023:501, r.o. 57-58 (*J.M./Pankki*).

150 Moerel & Prins 2016, p. 20-21. Zie in dat verband onder meer Solove, die stelt dat zelfs rationeel handelende individuen niet het doenvermogen hebben om controle uit te oefenen over hun informationele privacy: Solove 2013, p. 1881.

151 Moerel & Prins 2016, p. 114.

> we af moeten 'van het huidige systeem waarbij de veronderstelling is dat de handhaving toch primair door individuen zelf zal moeten plaatsvinden (…)'.[152]

De derde categorie normen bestaat uit verschillende informatieverstrekkingsplichten. Deze plichten – die een uitwerking behelzen van het zojuist genoemde transparantiebeginsel in artikel 5, eerste lid, AVG – nemen net als het inzagerecht een bijzondere rol in binnen de systematiek van het Europees gegevensbeschermingsrecht. De effectiviteit van het Europees gegevensbeschermingsrecht valt of staat namelijk met transparantie over gegevensverwerkingen.[153] Ontbreekt deze transparantie, dan zal een betrokkene er doorgaans niet op bedacht zijn bij een verwerkingsverantwoordelijke te informeren hoe zijn persoonsgegevens zijn verwerkt. Hij zal dan niet kunnen controleren of de verwerking rechtmatig is en geen beroep kunnen doen op zijn informatierechten om de verwerkingsverantwoordelijke in rechte verantwoordelijk te houden. De informatieverstrekkingsverplichtingen zorgen er dus voor dat de betrokkene zich kan verdedigen tegen verwerkingen die (mogelijk) een inbreuk maken op zijn recht op gegevensbescherming.

> Hoewel het inzagerecht en de informatieverstrekkingsplichten een gemeenschappelijk doel dienen – het realiseren van transparantie over de verwerking – bestaan er belangrijke verschillen tussen deze waarborgen.[154] Zo is het inzagerecht een subjectief informatierecht van de betrokkene dat hij te allen tijde jegens de verwerkingsverantwoordelijke kan inroepen. Het initiatief ligt hier dus bij de betrokkene. De informatieplichten zijn daarentegen primair gericht op de verwerkingsverantwoordelijke. Deze moet uit eigen beweging de betrokkene informeren over de verwerking, tenzij hij een beroep kan doen op een van de uitzonderingsmogelijkheden.[155] Het initiatief ligt hier dus bij de verwerkingsverantwoordelijke die de gegevens van de betrokkene zelf krijgt dan wel via derden verzamelt en verwerkt.

De AVG maakt, net als Richtlijn 95/46 en de Wbp dat deden, een onderscheid tussen twee soorten informatieverstrekkingsplichten. De eerste soort betreft situaties waarin gegevens direct bij de betrokkene worden verzameld (art. 13, eerste lid, AVG). De tweede ziet op gevallen waarin deze gegevens niet van de betrokkene zelf maar via een derde worden verkregen (art. 14, eerste lid, AVG). De informatie die de verwerkingsverantwoordelijke in beide situaties moet verstrekken komt grotendeels overeen. Zo dient hij uit eigen beweging de betrokkene in ieder geval te informeren over 1) de identiteit en de contactgegevens van de verwerkingsverantwoordelijke; 2) de contactgegevens van de functionaris voor gegevensbescherming; 3) de verwerkingsdoeleinden waarvoor de gegevens zijn bestemd; 4) de rechtsgrond voor de verwerking; en 4) de eventuele ontvangers of categorieën van

152 Moerel & Prins 2016, p. 21-22. Zij stellen dat de verantwoordelijkheid voor de handhaving van het gegevensbeschermingsrecht anders moet worden georganiseerd, bijvoorbeeld door partijen die gegevens verwerken te verplichten, de verwerkingen op een privacy-by-design-wijze in te richten. Van der Sloot stelt echter dat het argument dat individuen de controle over de verwerking van hun gegevens zijn kwijtgeraakt een grove versimpeling van het huidige systeem is. Hij stelt dat niet het individu, maar de verantwoordelijke is belast met de plicht om aan de beginselen van gegevensverwerking te voldoen. Ook stelt hij dat toezichthouders uit eigen beweging de naleving van het gegevensbeschermingsrecht kunnen onderzoeken; Van der Sloot 2017, p. 18-19.

153 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 1 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:638, r.o. 33 (*Bara*); HvJ EU A-G Cruz Villalón 9 juli 2015, ECLI:EU:C:2015:461, r.o. 74 (*Bara* (conclusie)). Zie ook considerans 39 en 60 van de AVG en Zanfir-Fortuna 2020a, p. 415.

154 Kranenborg & Verheij, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief (MM SBR)* 2011, p. 120.

155 Later in deze paragraaf worden deze uitzonderingen nader toegelicht.

ontvangers van de persoonsgegevens.[156] Om een behoorlijke en transparante verwerking te waarborgen, dient de verwerkingsverantwoordelijke de betrokkene onder meer te informeren over: 1) de periode gedurende welke de persoonsgegevens zullen worden opgeslagen of, indien dat niet mogelijk is, de criteria om die termijn te bepalen; 2) het recht te verzoeken om inzage in en rectificatie of wissing van de persoonsgegevens of beperking van de hem betreffende verwerking, alsmede het recht tegen de verwerking bezwaar te maken en het recht op gegevensoverdraagbaarheid; 3) het recht te klagen bij de toezichthouder; en 4) het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming, met inbegrip van de in artikel 22, eerste en vierde lid, bedoelde profilering, evenals nuttige informatie over de onderliggende logica ervan, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene.[157]

> Op grond van artikel 12, eerste lid, AVG moet de verwerkingsverantwoordelijke passende maatregelen treffen opdat de in artikel 13 en 14 bedoelde informatie op beknopte, transparante, begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal aan de betrokkene wordt verstrekt.

Van belang is om op te merken dat de informatieverstrekkingsplichten in artikel 13 en 14 AVG op een aantal punten van elkaar verschillen, onder andere ten aanzien van het moment waarop de betrokkene moet worden geïnformeerd. Verkrijgt de verwerkingsverantwoordelijke de gegevens van de betrokkene zelf, dan moet hem op het moment van verkrijging transparantie over de verwerking worden geboden.[158] Worden de persoonsgegevens van derden verkregen, dan dient de betrokkene afhankelijk van de context binnen een redelijke termijn, maar uiterlijk binnen één maand na de verkrijging, over de verwerking te worden geïnformeerd.[159]

Bovengenoemde normen, subjectieve rechten en informatieverstrekkingsplichten zijn allerminst absoluut. Net als in Richtlijn 95/46 het geval was, geldt op grond van artikel 23, eerste lid, AVG en artikel 41 Uitvoeringswet AVG dat zij op basis van Unierechtelijke en lidstatelijke bepalingen die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing zijn, kunnen worden beperkt. De verwerkingsverantwoordelijke moet telkens een belangafweging maken om te bepalen of deze beperking kan plaatsvinden.[160] Wél geldt als voorwaarde dat die beperking de wezenlijke inhoud van de grondrechten en de fundamentele vrijheden

156 Zie art. 13, eerste lid, onderdeel a, b, c en e, AVG en art. 14, eerste lid, onderdeel a, b, c, d en e, AVG. Zie over de informatieverplichtingen die gelden ten aanzien van de doorgifte van persoonsgegevens aan een derde land of internationale organisatie: art. 13, eerste lid, onderdeel f AVG en art. 14, eerste lid, onderdeel f, AVG. In de hoofdtekst zijn enkel de te verstrekken gegevens opgenomen die in beide situaties aan de betrokkene kenbaar moeten worden gemaakt. Zie voor een compleet overzicht van de te verstrekken informatie art. 13, eerste lid, AVG en art. 14, eerste lid, AVG en Kranenborg & Verhey 2018, p. 590; De Terwange 2020, p. 314-315; Zanfir-Fortuna 2020a, p. 415-416, 436-437 en 451-452.

157 Art. 13, tweede lid, onderdeel a, b, d en f, AVG en art. 14, tweede lid, onderdeel a, c, e en g AVG. In de hoofdtekst zijn enkel de te verstrekken gegevens opgenomen die in beide situaties aan de betrokkene kenbaar moeten worden gemaakt. Zie voor een compleet overzicht van de te verstrekken informatie art. 13, tweede lid, en art. 14, tweede lid, AVG en Kranenborg & Verhey 2018, p. 582-590 voor een toelichting.

158 Art. 13, eerste lid, AVG.

159 Art. 14, derde lid, onderdeel a, AVG. Zie hierover in detail Artikel 29 Werkgroep 2018, p. 17-18.

160 *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 47.

onverlet laat. Tevens moet de beperking een noodzakelijke en evenredige maatregel zijn. Opvallend is dat bijna alle uitzonderingsgronden, die in artikel 23, eerste lid, onderdeel a-j, AVG limitatief zijn opgesomd, vooral zien op gegevensverwerkingen die te herleiden zijn tot de uitoefening van openbaar gezag door publieke autoriteiten. Zo geldt dat beginselen inzake de verwerking van persoonsgegevens en informatierechten uit de AVG onder meer kunnen worden beperkt ter bescherming van: 1) de nationale veiligheid; 2) de landsverdediging; 3) de openbare veiligheid; 4) het algemeen belang van de Unie of lidstaat – met inbegrip van monetaire, budgettaire, fiscale aangelegenheden, volksgezondheid en sociale zekerheid; en 5) een taak op het gebied van toezicht, inspectie of regelgeving.[161] Daarom is in de literatuur gesteld dat het omnibuskarakter van het Europees gegevensbeschermingsrecht gerelativeerd moet worden.[162]

> Wel moet worden opgemerkt dat op grond van artikel 42, tweede lid, Uitvoeringswet AVG van de verwerkingsverantwoordelijke wordt verlangd inzichtelijk te maken op basis van welke belangenafweging rechten en normen uit de AVG worden beperkt.[163] In dit artikel wordt namelijk voorgeschreven met welke elementen van de verwerking rekening moet worden gehouden, indien een uitzondering wordt gemaakt op de AVG. Echter is het zo dat niet alle elementen die in artikel 42, tweede lid, Uitvoeringswet AVG worden genoemd in de belangenafweging expliciet aan de orde hoeven te komen. Volgens de Nederlandse wetgever kan de verwerkingsverantwoordelijke zelf bepalen welke elementen relevant zijn om in een concreet geval mee te wegen.[164]

2.3.2 Het object van wetgeving: de verwerking van persoonsgegevens

Uit het voorgaande volgt dat in het Europees gegevensbeschermingsrecht de verwerking van persoonsgegevens geldt als object van wetgeving. Meer specifiek volgt uit artikel 2, eerste lid, AVG dat de verordening betrekking heeft 'op de geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking, alsmede op de verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen'.[165] De toepasselijkheid van het Europees gegevensbeschermingsrecht is dus in beginsel afhankelijk van de vraag of er sprake is van een 'verwerking' van 'persoonsgegevens'.

161 Deze beperking kan alleen plaatsvinden door middel van Unierechtelijke of lidstatelijke bepalingen die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing zijn, mits de beperking de wezenlijke inhoud van de grondrechten en fundamentele vrijheden onverlet laat en in een democratische samenleving een noodzakelijke en evenredige maatregel is.

162 Zo heeft bijvoorbeeld Lynskey gesteld dat '[t]he classification of the EU data protection regime as omnibus may be further queried given the generous exemptions it affords to the public sector (…)'. Zie in dat verband ook: Swire & Litan 1998, p. vii. Zie ook Berkvens: "Geconstateerd kan worden dat de overheid zich weinig heeft hoeven aantrekken van de privacywetgeving. Indien de overheid behoefte heeft aan gegevens wordt door een aanpassing in de regels de houder van de gegevens verplicht om ze te gaan verzamelen, vast te leggen en aan de desbetreffende overheid te verstrekken. Ook het uitwisselen van gegevens binnen de overheid is eenvoudig te regelen. Veel overheidsactiviteiten waarbij de verzameling van gegevens aan de orde is, zijn gebaseerd op aparte wettelijke regelingen met eigen privacyregimes. Privacywetten worden hooguit aangewend om gegevens binnen de overheid af te schermen voor gebruik door de particuliere sector." Berkvens 2004, p. 267.

163 *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 48.

164 *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 48.

165 Dit komt nagenoeg overeen met art. 2, eerste lid, Wbp.

De toepasselijkheid van het Europees gegevensbeschermingsrecht hangt echter ook af van de materiële én territoriale reikwijdte ervan. Uit artikel 2, tweede lid, AVG, volgt dat bepaalde verwerkingen niet onder haar materiële reikwijdte vallen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij verwerkingen ter uitoefening van een zuiver persoonlijke of huishoudelijke activiteit.[166] Ook verwerkingen in het strafrechtelijk domein vallen niet onder de AVG.[167] In artikel 3 AVG wordt de territoriale reikwijdte van de verordening geregeld. Kort gezegd is haar toepasselijkheid afhankelijk van de vraag waar de verwerkingsverantwoordelijke (of verwerker) gevestigd is. Aangezien dit proefschrift ziet op de organisatie van rechtsbescherming tegen verwerkingen door bestuursorganen in de Nederlandse publieke sector, en deze verwerkingen om die reden in de regel binnen het territoriale toepassingsgebied van de verordening zullen vallen, wordt op dit punt verder niet op ingegaan.

Het begrip 'verwerking' wordt in artikel 4, onderdeel 2, AVG omschreven als 'een bewerking of een geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens of een geheel van persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd via geautomatiseerde procedés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, structureren, opslaan, bijwerken of wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op andere wijze ter beschikking stellen, aligneren of combineren, afschermen, wissen of vernietigen van gegevens'.[168] Deze definitie is niet nieuw, nu deze nagenoeg een-op-een is overgenomen uit artikel 2, onderdeel b, Richtlijn 95/46. Kortom: een verwerking ziet op de gehele levenscyclus van een persoonsgegeven, 'vanaf het moment van verzamelen van een gegeven tot aan het moment van vernietiging'.[169]

Het begrip 'persoonsgegeven' wordt in artikel 4, onderdeel 1, AVG, gedefinieerd als 'alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon (…)'. Ook deze definitie is min of meer overgenomen uit artikel 2, sub a, Richtlijn 95/46. Het grootste verschil is dat de verordening spreekt van *alle* informatie *over* een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon, terwijl Richtlijn 95/46 sprak over *iedere* informatie *betreffende* een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon.[170] Met A-G Kokott kan worden gesteld dat de rechtspraak over het persoonsgegevensbegrip die onder Richtlijn 95/46 is gewezen door de komst van de AVG niet aan belang heeft ingeboet.[171] In het vervolg zal dan ook met enige regelmaat hiernaar worden verwezen.

166 Art. 2, tweede lid, onderdeel c, AVG. HvJ EG 6 november 2003, ECLI:EU:C:2003:596 (*Lindqvist*).
167 Art. 2, tweede lid, onderdeel d, AVG.
168 In dat verband moet worden opgemerkt dat de Europese wetgever aan het begrip 'verwerking' een ruime strekking heeft willen geven door gebruik te maken van een niet-limitatieve lijst van verwerkingshandelingen. Zie HvJ EU 24 februari 2022, ECLI:EU:C:2022:124, r.o. 35 (*SS/Valsts ieņēmumu dienests*); HvJ EU 4 mei 2023, ECLI:EU:C:2023:369, r.o. 27 (*F.F./Österreichische Datenschutzbehörde*).
169 *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 52.
170 Art. 4, eerste lid, AVG en art. 2, sub a, Richtlijn 95/46.
171 HvJ EU 20 juli 2017, ECLI:EU:C:2017:582, r.o. 3 (*Nowak* (conclusie A-G Kokott)).

Belangrijk om op te merken is dat in de AVG afzonderlijke normen zijn opgenomen over de verwerking van *gevoelige persoonsgegevens.*[172] Gegevens die 'door hun aard bijzonder gevoelig zijn wat betreft de grondrechten en fundamentele vrijheden' behoeven volgens de Europese wetgever 'specifieke bescherming'.[173] De verwerking van dergelijke gegevens kan volgens hem namelijk significante risico's met zich meebrengen voor de grondrechten en fundamentele vrijheden van Unieburgers. Om die reden is de verwerking van bijzondere categorieën persoonsgegevens op grond van artikel 9, eerste lid, AVG, in beginsel verboden, tenzij deze kan worden herleid tot een van de uitzonderingsgronden in artikel 9, tweede lid, AVG. Tot de categorie bijzondere persoonsgegevens behoren onder meer persoonsgegevens over ras, etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze overtuigingen, levensbeschouwelijke overtuigingen en het lidmaatschap van een vakbond. De verwerking van genetische gegevens, biometrische gegevens, gezondheidsgegevens en gegevens met betrekking tot iemands seksuele gedrag of seksuele gerichtheid kwalificeren eveneens als bijzondere categorieën persoonsgegevens. Gelet op de doelstelling van het Europees gegevensbeschermingsrecht, dat 'erin bestaat een hoog niveau van bescherming van de fundamentele vrijheden en de grondrechten van natuurlijke personen (…) te waarborgen in verband met de verwerking van hun persoonsgegevens', moeten de begrippen 'bijzondere categorieën persoonsgegevens' en 'gevoelige gegevens' volgens het Hof van Justitie ruim worden uitgelegd.[174]

Ten tijde van de totstandkoming van Richtlijn 95/46 is uitgebreid stilgestaan bij de reikwijdte van het begrip 'persoonsgegevens'. Zo stelde de Europese Commissie: "[z]oals in Verdrag nr. 108 wordt dit begrip ruim gedefinieerd, zodat daaronder alle gegevens vallen die in verband kunnen worden gebracht met een bepaalde persoon. Naargelang van het doel waarvoor het wordt gebruikt, kan immers elk gegeven dat betrekking heeft op een persoon, hoe onschuldig het op het eerste gezicht ook lijkt, een gevoelig karakter hebben."[175] Op verzoek van het Europees Parlement, en met instemming van de Raad, breidde de Europese Commissie zelf het persoonsgegevensbegrip zoals neergelegd in het tweede voorstel voor een gegevensbeschermingsrichtlijn uit.[176]

Maar wat kan nu precies worden verstaan onder een persoonsgegeven? Het begrip kan op hoofdlijnen worden opgedeeld in drie elementen: 1) alle informatie; 2) over; 3) een geïdentificeerd of identificeerbare natuurlijke persoon. Allereerst het element 'alle informatie'. In de *landmark case Nowak,* waarin is geoordeeld over de vraag of examenantwoorden van

172 Moerel en Prins hebben gesteld dat dit regime voor bijzondere persoonsgegevens het gegevensbeschermingsrecht onnodig ingewikkeld maakt. Zij merken op dat niet alleen relevant is of een gegeven als zodanig gevoelig is. Volgens hen zou de aandacht moeten uitgaan naar 'gebruik dat gevoelig is'. In dat verband merken zij ook op dat de kwalificatie gevoelige persoonsgegevens aan verandering onderhevig is, terwijl de wet uitgaat van vaste categorieën gevoelige gegevens. Zo wijzen zij op het feit dat een bsn strikt genomen niet geldt als een gevoelig gegeven. Dit terwijl misbruik van een dergelijk gegeven grote consequenties kan hebben voor burgers. Moerel & Prins 2016, p. 82-83.

173 Considerans 51 bij de AVG.

174 HvJ EG 6 november 2003, ECLI:EU:C:2003:596, r.o. 50 (*Lindqvist*); HvJ EU 1 augustus 2022, ECLI:EU:C:2022:601, r.o. 125-127 (*OT/Vyriausioji tarnybinės etikos komisija*).

175 Europese Commissie 1990, p. 15.

176 Europese Commissie 1992, p. 9-10 en Gemeenschappelijk Standpunt (EG) nr. 1/95 door de Raad vastgesteld op 20 februari 1995 (*PbEG* C 93 van 13.4.1995, p. 21).

een kandidaat ook gelden als persoonsgegevens, heeft het Europees Hof van Justitie zich hierover gebogen.[177] Volgens het Hof moet 'informatie' in dit opzicht ruim worden opgevat. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van Richtlijn 95/46 vloeit namelijk voort dat het de bedoeling van de Uniewetgever was om het persoonsgegevensbegrip breed te interpreteren, teneinde de rechtsbescherming van de betrokkene op dit terrein te vergroten.[178] Bezien tegen deze achtergrond stelt het Hof dat het persoonsgegevensbegrip 'zich potentieel uitstrekt tot elke soort informatie, zowel objectieve informatie als subjectieve informatie onder de vorm van meningen of beoordelingen (…)'.[179] In de zaak *Österreichische Datenschutzbehörde* heeft het Hof deze redenering doorgetrokken naar de AVG.[180]

Dan het element 'over'. In *Nowak* heeft het Hof zich ook beraden op de vraag wanneer sprake is van informatie *betreffende* een natuurlijke persoon. Dit is het geval wanneer 'informatie wegens haar inhoud, doel of gevolg gelieerd is aan een bepaalde persoon'.[181] De examenantwoorden van een kandidaat gelden aldus zowel naar *inhoud*, *doel* als *gevolg* als persoonsgegevens. Het Hof geeft in *Nowak* echter niet aan hoe deze drie categorieën geoperationaliseerd moeten worden, maar past deze meteen toe op de casus.

> De examenantwoorden hebben naar hun *inhoud* betrekking op de kandidaat, nu 'het niveau van de kennis en de vaardigheden van de kandidaat op een welbepaald gebied, en eventueel ook zijn gedachtegang, oordeel en kritische geest' wordt weergegeven.[182] Ook heeft deze informatie tot *doel* 'een evaluatie te maken van de beroepsbekwaamheden van de kandidaat en diens geschiktheid om het betrokken beroep uit te oefenen'.[183] Tot slot kan het gebruik van deze antwoorden *gevolgen* hebben 'voor zijn rechten en belangen, aangezien het bijvoorbeeld zijn kansen om in aanmerking te komen voor het gewenste beroep of de gewenste functie kan bepalen'.[184]

Ook in zaken die zijn gewezen in het AVG-tijdperk, waaronder de bovengenoemde zaak *Österreichische Datenschutzbehörde,* laat het Hof in het midden hoe de drieslag 'inhoud-doel-gevolg' precies geoperationaliseerd moet worden.[185] Deze drieslag komt echter niet uit de lucht vallen. Integendeel, hij komt grotendeels overeen met die van de Artikel 29 Werkgroep in een advies over het persoonsgegevensbegrip, al verwijst het Hof hier in *Nowak* en *Österreichische Datenschutzbehörde* niet naar.[186] Dit advies kan de drieslag dan ook mogelijk verduidelijken.

---

177 HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:994 (*Nowak*).

178 Ook in de toelichting op het voorstel voor een Gegevensbeschermingsrichtlijn kwam tot uitdrukking dat het persoonsgegevensbegrip ruim moet worden gedefinieerd. "Zoals in Verdrag nr. 108 wordt dit begrip ruim gedefinieerd, zodat daaronder alle gegevens vallen die in verband kunnen worden gebracht met bepaalde personen. Naargelang het doel waarvoor het wordt gebruikt, kan immers elk gegeven dat betrekking heeft op een persoon, hoe onschuldig op het eerste oog ook, een gevoelig karakter hebben." Zie: COM 90/314DEF, p. 15.

179 HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:994, r.o. 34 (*Nowak*).

180 HvJ EU 4 mei 2023, ECLI:EU:C:2023:369, r.o. 22-23 (*F.F./Österreichische Datenschutzbehörde*).

181 HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:994, r.o. 35 (*Nowak*).

182 HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:994, r.o. 37 (*Nowak*).

183 HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:994, r.o. 38 (*Nowak*).

184 HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:994, r.o. 39 (*Nowak*).

185 HvJ EU 4 mei 2023, ECLI:EU:C:2023:369, r.o. 24 (*F.F./Österreichische Datenschutzbehörde*); HvJ EU 22 juni 2023, ECLI:EU:C:2023:501, r.o. 43 (*J.M./Pankki*).

186 Artikel 29 Werkgroep 2007, p. 11.

Volgens de Artikel 29 Werkgroep betreft een gegeven een individu *inhoudelijk* wanneer 'volgens de meest voor de hand liggende en gebruikelijke opvatting in een samenleving (…) informatie wordt gegeven over een bepaalde persoon, ongeacht het doel dat de voor de verwerking verantwoordelijke of derde daarmee beoogt en ongeacht de gevolgen van die informatie voor de betrokkene'.[187] Daarnaast kan informatie wegens haar *doel* een natuurlijke persoon betreffen wanneer 'rekening houdende met alle omstandigheden van het precieze geval, gegevens worden gebruikt of waarschijnlijk zullen worden gebruikt met het doel een persoon te beoordelen, op een bepaalde wijze te behandelen of de status of het gedrag van die persoon te beïnvloeden'.[188] Tot slot kan informatie gelden als een persoonsgegeven als het gebruik ervan *gevolgen* 'kan hebben voor iemands rechten en belangen'. Volgens de Artikel 29 Werkgroep hoeft het hier niet noodzakelijkerwijs te gaan om grote gevolgen. Het is voldoende is dat 'de persoon als gevolg van de verwerking van de betrokken gegevens anders wordt behandeld dan anderen'.[189]

Tot slot het element '*geïdentificeerd of identificeerbaarheid*'. Pas wanneer een gegeven een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon betreft, geldt het als een persoonsgegeven. Een persoon kan als *geïdentificeerd* worden aangemerkt, wanneer hij binnen een groep personen kan worden onderscheiden van andere leden van die groep.[190] Een persoon geldt als *identificeerbaar*, wanneer hij nog niet *is* geïdentificeerd, maar wel geïdentificeerd *kan worden.*[191] Volgens artikel 4, onderdeel 1, AVG is sprake van identificeerbaarheid in geval van: 'een natuurlijke persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identificator zoals een naam, een identificatienummer, locatiegegevens, een online-identificator of van een of meer elementen die kenmerkend zijn voor de fysieke, fysiologische, genetische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit van die natuurlijke persoon'.

De identificeerbaarheid van een individu hangt in de praktijk af van de middelen waarvan redelijkerwijs te verwachten valt dat zij gebruikt worden door de verwerkingsverantwoordelijke om iemand direct of indirect te identificeren. Blijkens considerans 26 van de verordening moet hierbij rekening worden gehouden met 'alle middelen waarvan redelijkerwijs valt te verwachten dat zij worden gebruikt door de verwerkingsverantwoordelijke of door een andere persoon om de natuurlijke persoon direct of indirect te identificeren, bijvoorbeeld selectietechnieken'. De vraag of van middelen redelijkerwijs valt te verwachten dat zij zullen worden ingezet om iemand te identificeren hangt af van 'objectieve factoren, zoals de kosten van en de tijd benodigd voor identificatie, met inachtneming van de beschikbare technologie op het tijdstip van verwerking en de technologische ontwikkelingen'.[192] Kost het een onevenredige hoeveelheid tijd, geld en menskracht om een persoon te identificeren, dan is er geen sprake van een persoonsgegeven.[193]

187 Artikel 29 Werkgroep 2007, p. 11.
188 Artikel 29 Werkgroep 2007, p. 11.
189 Artikel 29 Werkgroep 2007, p. 11.
190 Artikel 29 Werkgroep 2007, p. 13.
191 Artikel 29 Werkgroep 2007, p. 13.
192 Considerans 26 van de AVG.
193 Kranenborg & Verhey 2018, p. 106.

Het voorgaande brengt met zich mee dat het Europees gegevensbeschermingsrecht niet van toepassing is op anonieme gegevens, nu deze niet herleidbaar zijn tot een natuurlijke persoon.[194] Anonieme gegevens dienen dan weer wel te voldoen aan de regels die zijn neergelegd in de verordening voor het vrije verkeer van niet-persoonsgebonden gegevens.[195]

> In de literatuur is gesteld dat het onderscheid tussen anonieme gegevens en persoonsgegevens steeds meer aan het vervagen is. Vanwege de voortschrijdende technologisering en datafi-cering van de maatschappij wordt het steeds eenvoudiger om aan de hand van koppeling en analyse van verschillende datasets informatie te herleiden tot natuurlijke personen.[196] In dat kader wordt zelfs gesproken van een 'anonymity myth'.[197]

Bij gepseudonimiseerde gegevens ligt dit anders. Dit zijn gegevens waarvan de direct identificerende gegevens, bijvoorbeeld iemands voornaam en achternaam, zijn vervangen door niet-gerelateerde alternatieve informatie.[198] Een voorbeeld van een pseudonimisering is encryptie.[199] De gepseudonimiseerde gegevens en de encryptie met de geheime sleutel worden apart bewaard. De gegevens kunnen in dat geval niet zonder additionele informatie – de sleutel – worden herleid tot een natuurlijke persoon.[200] Aangezien bij gepseudonimiseerde gegevens identificatie wel mogelijk is, zijn de Europese gegevensbeschermingsregels hier mogelijk van toepassing. De verwerkende partij zal moeten beoordelen of deze over de middelen beschikt – of redelijkerwijs kan beschikken – om de gegevens te herleiden tot een natuurlijke persoon.[201] Is dat het geval, dan dienen de gepseudonimiseerde gegevens te worden behandeld als persoonsgegevens waar het Europees gegevensbeschermingsrecht op van toepassing is. Kost het een onevenredige hoeveelheid tijd, geld en menskracht om de identificatie te realiseren, dan is er geen sprake van persoonsgegevens.

> In *Breyer* heeft het Hof van Justitie zich gebogen over de vraag of een dynamisch IP-adres geldt als een persoonsgegeven in de zin van Richtlijn 95/46. Breyer heeft verschillende websites van Duitse federale instellingen bezocht. Om cyberaanvallen te weren wordt bij een dergelijk websitebezoek onder meer het IP-adres bewaard van de computer waarmee de websites zijn bezocht. In het geval van Breyer ging het om een *dynamisch* IP-adres: dit is een IP-adres waarmee bij iedere nieuwe verbinding met het internet, het adres wijzigt. Breyer verzet zich tegen deze verwerking van zijn persoonsgegevens. De Duitse Staat neemt het standpunt in dat een dynamisch IP-adres geen persoonsgegeven is. Aan de hand van een dergelijk adres zou de identiteit van Breyer niet kunnen worden achterhaald: dat kan de Duitse Staat alleen doen als hij bij een internetprovider additionele informatie hierover opvraagt.
>
> Het Hof van Justitie ging hier echter niet in mee. Het overwoog dat voor de toepassing van het persoonsgegevensbegrip niet vereist is dat alle informatie op grond waarvan een

194 Considerans 26 van de AVG. Zie over anonimisering in detail: Van der Sloot, Van Schendel & Augusto Fontanillo López 2022, p. 5-6.
195 Verordening (EU) 2018/1807 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 inzake een kader voor het vrije verkeer van niet-persoonsgebonden gegevens in de Europese Unie.
196 WRR 2017a, p. 67; Purtova 2018, p. 78; Van der Sloot, Van Schendel & Augusto Fontanillo López 2022, p. 14 en 22.
197 Schwartz & Solove 2011, p. 1818.
198 Hofman, *De beveiliging van persoonsgegevens (O&R nr. 135)* 2022, p. 33.
199 Santifort 2019, p. 196.
200 Art. 4, onderdeel 5, AVG.
201 Gerecht EU 26 april 2023, ECLI:EU:T:2023:219, r.o. 97 (*GAR/EDPS*).

> betrokkene kan worden geïdentificeerd, bij één en dezelfde persoon berust.[202] Volgens het Hof moet worden onderzocht of de mogelijkheid om een dynamisch IP-adres te combineren met additionele informatie van de internetprovider, redelijkerwijs een middel vormt dat de Duitse Staat kan inzetten om de betrokkene te identificeren. Dat is volgens het Hof in deze casus het geval. Naar Duits recht kan de Duitse Staat onder bepaalde omstandigheden juridische stappen ondernemen om deze informatie te verkrijgen van de internetprovider.[203] De Duitse Staat beschikt dan ook over een middel waarvan redelijkerwijs aangenomen kan worden dat dit kan worden ingezet om een betrokkene te identificeren.[204]

2.3.3 Kritiek op het persoonsgegevensbegrip

Uit de bovenstaande toelichting volgt dat het begrip 'persoonsgegeven' een ruime reikwijdte heeft. Dit heeft ook gevolgen voor de materiële werkingssfeer van het Europees gegevensbeschermingsrecht. Naarmate het persoonsgegevensbegrip uitdijt, breidt namelijk de materiële werkingssfeer van dit recht uit. Op deze uitdijing van het persoonsgegevensbegrip is in de literatuur echter de nodige kritiek geuit.

Onder het persoonsgegevensbegrip vallen, zoals in de vorige paragraaf is gebleken, ook gegevens van personen die nog niet zijn geïdentificeerd, maar wel geïdentificeerd zouden kunnen worden.[205] In het huidige tijdperk – door de WRR omschreven als het 'Big Data tijdperk' – kan informatie door het combineren van datasets met steeds grotere eenvoud worden herleid tot natuurlijke personen.[206] In dit verband heeft bijvoorbeeld Van der Sloot beargumenteerd dat vrijwel alle gegevens kunnen worden opgevat als persoonsgegevens, waar het Europees gegevensbeschermingsrecht op van toepassing is.[207] Hierop voortbordurend stelt Purtova dat dit recht hierdoor het risico loopt te verworden tot 'the law of everything', nu zelfs informatie over het weer in theorie binnen de reikwijdte van het persoonsgegevensbegrip zou kunnen vallen.[208] De verruiming van het persoonsgegevensbegrip zorgt zo tevens voor verruiming van de materiële werkingssfeer van het Europees gegevensbeschermingsrecht. Volgens Purtova heeft dit mogelijk nadelige gevolgen voor de effectiviteit ervan: "[t]he problem is that in the circumstances where all data is personal and triggers data protection, a highly intensive and non-scalable regime of rights and obligations that results from the GDPR cannot be upheld in a meaningful way."[209] Eenzelfde bezorgdheid uitte Zwenne al in 2013 in zijn Leidse oratie. Volgens hem ligt vanwege de oprekking van het persoonsgegevensbegrip het risico van 'verwatering van de privacywet' op de loer, met alle nadelige gevolgen van dien.[210]

Ook binnen het Luxemburgse Hof is kritiek geuit op deze uitdijing van het persoonsgegevensbegrip. Noemenswaardig in dat verband is de conclusie van A-G Bobek in een Nederlandse prejudiciële vraag over het inzagebeleid van de Afdeling voor journalisten.

202 HvJ EU 19 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:779, r.o. 43 (*Breyer*).
203 HvJ EU 19 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:779, r.o. 47 (*Breyer*).
204 HvJ EU 19 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:779, r.o. 48 (*Breyer*).
205 Artikel 29 Werkgroep 2007, p. 13.
206 WRR 2017a, p. 114.
207 Van der Sloot 2017, p. 3. Zie ook: Van Schendel & Augusto Fontanillo López 2022.
208 Purtova 2018, p. 41.
209 Purtova 2018, p. 42.
210 Zwenne 2013, p. 10.

In niet mis te verstane woorden uit hij hierin stevige kritiek op de wijze waarop het Hof van Justitie het persoonsgegevensbegrip toepast. De A-G verwijt het Hof 'een nogal expansionistische koers te hebben gevaren bij de uitlegging van de werkingssfeer' van het Europees gegevensbeschermingsrecht.[211] Volgens hem zal

> "ofwel het Hof ofwel de Uniewetgever de werkingssfeer van de AVG echter ooit opnieuw onder de loep moeten nemen. Bij de huidige benadering verwordt de AVG geleidelijk aan tot een van de feitelijk meest veronachtzaamde wetgevingskaders binnen het Unierecht. Dat is niet noodzakelijkerwijs een doelbewuste ontwikkeling. Het is eerder het natuurlijke neveneffect van de overmatig ruime toepassing van de AVG, die er op haar beurt toe leidt dat een aantal personen eenvoudigweg in zalige onwetendheid verkeert over het feit dat de AVG ook voor hun activiteiten geldt. Hoewel het zeker mogelijk is dat een dergelijke bescherming van persoonsgegevens nog steeds 'ten dienste van de mensheid' staat, ben ik er vast van overtuigd dat het niet erg bevorderlijk is voor of bijdraagt aan het gezag of de legitimiteit van wetgeving, inclusief de AVG, wanneer die wordt genegeerd wegens het buitensporige karakter ervan."[212]

Met het volgende, ietwat vergezochte, voorbeeld tracht de A-G te illustreren dat in het huidige tijdperk, waarin bijna alle aspecten van het leven een digitale component hebben, een voorzichtigere benadering van het concept 'persoonsgegevens' noodzakelijk is.[213]

> "Als ik op een avond naar een café ga en tegenover vier vrienden aan tafel in die openbare gelegenheid [waarbij ik dus waarschijnlijk niet voldoe aan de uitzondering van de persoonlijke of huishoudelijke activiteit van artikel 2, lid 2, onder c), AVG] een weinig vleiende opmerking over mijn buurman maak, waarbij ik ook zijn persoonsgegevens vermeld die ik zojuist per e-mail heb ontvangen (dus geautomatiseerd en/of opgenomen in mijn bestand), word ik dan de verwerkingsverantwoordelijke voor die gegevens en gelden voor mij dan ineens alle (nogal zware) verplichtingen van de AVG? Omdat mijn buurman nooit toestemming heeft gegeven voor die verwerking (verstrekken door middel van doorzending), en omdat roddel waarschijnlijk nooit een van de in artikel 6 AVG opgesomde legitieme gronden zal zijn, zal ik met die verstrekking onvermijdelijk een aantal bepalingen van de AVG schenden, waaronder de meeste rechten van de betrokkene zoals vermeld in hoofdstuk III. Ter terechtzitting heeft de Commissie, toen zij werd geconfronteerd met deze wel erg bizarre vragen van de advocaat-generaal, benadrukt dat er grenzen zijn aan de werkingssfeer van de AVG. Zij kon echter niet uitleggen waar die grenzen precies liggen. Zij accepteerde in feite dat zelfs een incidentele 'verwerking' van persoonsgegevens aanleiding lijkt te geven tot toepassing van die verordening en daarmee de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen."

Deze kritiek behoeft echter nuancering, nu het Hof van Justitie lang niet altijd een 'expansionistische koers' heeft gevaren bij de uitleg van het persoonsgegevensbegrip. Uiteindelijk is de uitleg van een bepaling van Unierecht niet *alleen* afhankelijk van haar bewoordingen. De context en de doelstelling van de regeling waartoe zij behoort zijn eveneens factoren waarmee rekening moet worden gehouden.[214] De zaak *Y.S./Minister*, waarin het Hof zich voor het eerst boog over het persoonsgegevensbegrip, laat dit goed zien.[215] Onder verwijzing

211 HvJ EU 6 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:822, r.o. 63 (*Inzagebeleid ABRvS journalisten* (conclusie A-G Bobek)).
212 HvJ EU 6 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:822, r.o. 65 (*Inzagebeleid ABRvS journalisten* (conclusie A-G Bobek)).
213 HvJ EU 6 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:822, r.o. 59 (*Inzagebeleid ABRvS journalisten* (conclusie A-G Bobek)).
214 HvJ EU 21 december 2021, ECLI:EU:C:2021:1035, r.o. 43 (*Bank Melli Iran*).
215 HvJ EU 17 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2081 (*Y.S./Minister*).

naar het doel van het Europees gegevensbeschermingsrecht, paste het Hof het begrip strikt toe. Daarmee week het af van het eerdergenoemde advies van de Artikel 29 Werkgroep over het persoonsgegevensbegrip.

> Tot 2009 hebben aanvragers van een verblijfsvergunning inzage verkregen in een minuut van de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND). Een minuut is een document dat wordt opgesteld door beslismedewerkers van de IND en maakt onderdeel uit van de bestuursrechtelijke procedure ter voorbereiding van een conceptbesluit. In de minuut wordt informatie over de aanvrager van de verblijfsvergunning vastgelegd zoals zijn naam, geboortedatum, geslacht, etniciteit, religie, taal en proceshistorie. Ook bevat de minuut een juridische analyse. Hierin worden onder meer de relevante wettelijke bepalingen toegepast op de concrete situatie van de aanvrager. Ook bevat de minuut een oordeel over de betrouwbaarheid van aangeleverde bewijsstukken.
>
> Omdat het opstellen van een minuut leidde tot grote werklast bij de IND, is besloten deze niet meer te verstrekken. Via een beroep op het Wbp-inzagerecht is getracht toch inzicht te verkrijgen in de minuut, inclusief de daarin vervatte juridische analyse, omdat zij een persoonsgegeven zou zijn. De Nederlandse bestuursrechter heeft het Hof van Justitie gevraagd of dit inderdaad het geval is. Als de redenering van de Artikel 29 Werkgroep zou worden gevolgd, dan zou het antwoord op die vraag bevestigend moeten zijn. Een minuut bevat immers informatie *betreffende* een natuurlijke persoon, omdat het 'gebruik ervan, rekening houdende met de omstandigheden van het geval, naar verwachting *gevolgen* zal hebben voor iemands rechten of belangen'.[216] De juridische analyse in de minuut wordt immers ook gebruikt om te bepalen of iemand recht heeft op een verblijfsvergunning.
>
> Maar het Hof redeneert anders. Het overweegt dat een minuut weliswaar persoonsgegevens bevat van de aanvrager, zoals zijn naam, religie en geboortedatum,[217] maar dat de juridische analyse daarin als zodanig geen persoonsgegeven is. Deze analyse vormt geen informatie over de aanvrager van een verblijfstitel. Hooguit bevat een dergelijke analyse 'informatie over de beoordeling en de toepassing van dat recht door de bevoegde autoriteit op de situatie van de aanvrager, waarbij die situatie met name wordt vastgesteld middels de hem betreffende persoonsgegevens waarover die autoriteit beschikt'.[218] Tevens merkt het Hof op dat kwalificatie van een juridische analyse als persoonsgegeven niet zou stroken met het doel van het Europees gegevensbeschermingsrecht. De hierin vervatte informatierechten stellen een individu in staat 'zich ervan te vergewissen dat zijn persoonsgegevens juist zijn en rechtmatig worden verwerkt'.[219] Een juridische analyse kan volgens het Hof door de aanvrager van een verblijfsvergunning niet worden gecontroleerd noch kan de juistheid ervan worden gecorrigeerd.[220] In een obiter dictum merkt het Hof op dat deze conclusie past bij het doel van Richtlijn 95/46. Deze beoogt immers het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de aanvrager te beschermen, en ziet niet op het verzekeren van het recht op toegang tot bestuurlijke documenten.[221]

Kortom: het persoonsgegevensbegrip dat aan het Europees gegevensbeschermingsrecht ten grondslag ligt, moet met het oog op de nuttige werking van dit recht ruim worden geïnterpreteerd. Tegelijkertijd moeten ook de grenzen van dit begrip worden bewaakt. Als deze uit het oog worden verloren, ligt het risico op de loer dat de Europese gegevensbeschermingsregels worden toegepast op situaties waarvoor ze niet in het leven zijn geroepen.

216 Artikel 29 Werkgroep 2007, p. 11.
217 HvJ EU 17 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2081, r.o. 39 (*Y.S./Minister*).
218 HvJ EU 17 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2081, r.o. 40 (*Y.S./Minister*).
219 HvJ EU 17 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2081, r.o. 44 (*Y.S./Minister*).
220 HvJ EU 17 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2081, r.o. 44 (*Y.S./Minister*).
221 HvJ EU 17 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2081, r.o. 45 (*Y.S./Minister*).

2.4 De grondslagen van het bestuursrecht

2.4.1 De kern van het bestuursrecht en het omringende bestuursrecht

"Het bestuursrecht is recht voor, van en tegen het bestuur", luidt de eerste zin van het handboek *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*.[222] In deze zin komt kernachtig tot uitdrukking waar het bestuursrecht in essentie om draait: het normeren van overheidsmacht en het organiseren van tegenmacht.[223] Het bestuursrecht is recht *voor* het bestuur, nu het een grondslag biedt voor het bestuurshandelen. Het bestuursrecht is ook *van* het bestuur, omdat de uitoefening van bevoegdheden die de wetgever aan het bestuur toekent, zelf ook weer nadere rechtsvorming oplevert. En het bestuursrecht dient *tegen* het bestuur, aangezien het aan rechtzoekenden mogelijkheden biedt om te ageren tegen zijn handelingen. In de Awb is een groot deel van het algemeen bestuursrecht neergelegd. Hiermee is echter nog niets gezegd over de wezenlijke kenmerken van het bestuursrecht. In de literatuur wordt in dat kader door verschillende auteurs een onderscheid gemaakt tussen de *kern van het bestuursrecht* en het *omringende bestuursrecht*.[224]

Tot de kern van het bestuursrecht worden beslissingen gerekend waarmee een bestuursorgaan eenzijdig de rechtsverhouding met de burger vaststelt.[225] Een dergelijk besluit kan het bestuur niet nemen om zijn eigen belang te dienen. Uit het beginsel van de dienende overheid – dat wordt gerekend tot een van de grondbeginselen van de rechtsstaat – volgt namelijk dat een bestuursorgaan alleen het algemeen belang mag behartigen.[226] Het bestuur kan – uitzonderingen daargelaten – alleen een besluit nemen waarmee het de rechtspositie van de burger wijzigt, opheft of in het leven roept, als hiervoor een wettelijke grondslag bestaat. Een dergelijk besluit geldt als een publiekrechtelijke rechtshandeling, als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, Awb. Handelingen zoals het opleggen van belastingaanslagen, het toekennen van toeslagen en het verlenen van vergunningen gelden als publiekrechtelijke rechtshandelingen van bestuursorganen.[227]

Het omringende bestuursrecht laat zich echter minder eenvoudig omschrijven.[228] Bestuurshandelingen in het omringende bestuursrecht houden volgens Van Ommeren en Huisman in ieder geval verband met de zojuist besproken kern van het bestuursrecht. In dat kader kan onder meer worden gedacht aan de voorbereidingshandeling die een bestuursorgaan verricht voordat een Awb-besluit wordt genomen, dan wel de uitvoeringshandeling

222 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 3.
223 Peters 2019.
224 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 23; Van Ommeren & Huisman 2013, p. 12-13; Peters 2019, p. 243.
225 Van der Pot 1932; Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 23-25; Van Ommeren & Huisman 2013, p. 12-15; Van den Berge 2016, p. 187-222; Assink & Bots 2018.
226 Scheltema 1989, p. 20-22. Daaronder valt ook het belang van de belanghebbende.
227 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 14.
228 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 13.

die hierop volgt.[229] Beide handelingen houden verband met een besluit – en zijn in dat opzicht dus *besluitgerelateerd* –, maar gelden als zodanig niet als een Awb-besluit.[230]

Van oudsher wordt in het bestuursrecht aangenomen dat overheidsmacht zich bij uitstek manifesteert wanneer een bestuursorgaan eenzijdig een besluit neemt.[231] Met een dergelijk besluit kan een bestuursorgaan ingrijpen in de maatschappij, deze ordenen en sturen. Deze aanname komt ook tot uitdrukking in de systematiek van de Awb. Het besluitbegrip geldt namelijk als een van de dragende begrippen van deze wet, nu de Awb in belangrijke mate op basis ervan is vormgegeven. De algemene normen die het bestuursorgaan in acht moet nemen in de totstandkoming van een besluit, zijn in hoofdstuk 3 en 4 Awb neergelegd.[232]

Het voorgaande betekent echter niet dat de Awb alleen van toepassing is op besluitvormingsprocedures. Het besluitbegrip is weliswaar een van de dragende begrippen van de Awb, maar het fungeert niet als de sleutel voor de toepassing van deze wet.[233] Die is namelijk gekoppeld aan het – hierna kort te bespreken – bestuursorgaanbegrip. De Awb is, simpel weergegeven, van toepassing op alle handelingen van bestuursorganen. Zo ziet het tweede hoofdstuk van deze wet, waarin normen zijn opgenomen die zien op het verkeer tussen burgers en bestuursorganen, op alle gedragingen van het bestuur, inclusief het nemen van een besluit.[234] Tevens volgt uit de schakelbepaling van artikel 3:1, tweede lid, Awb dat de bepalingen die in afdeling 3:2-3:4 Awb zijn neergelegd overeenkomstig van toepassing zijn op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten, zoals feitelijke handelingen. In deze afdelingen zijn een groot aantal beginselen van behoorlijk bestuur gecodificeerd, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

Ten aanzien van de organisatie van bestuursrechtelijke rechtsbescherming ligt dit echter anders, nu hierin het besluitbegrip wél een cruciale rol speelt. Ten tijde van de codificatie van de Awb heeft de wetgever ervoor gekozen de rechtsmacht van de bestuursrechter te koppelen aan het besluit.[235] Volgens artikel 8:1 Awb kan een belanghebbende alleen tegen een *besluit* beroep instellen bij de bestuursrechter.[236] Het bestuursprocesrecht van de Awb is aldus sterk georiënteerd op het besluit. Dit wordt in de literatuur ook wel 'het besluitmodel' genoemd.[237] In bestuursrechtelijke verhoudingen ontstaan echter ook geschillen over kwesties die geen besluit betreffen, maar zien op andersoortige handelen van het bestuur, zoals feitelijke handelingen. De bestuursrechter is echter strikt genomen

229 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 25.
230 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 32-33.
231 Van der Pot 1932; Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 23-25; Van Ommeren & Huisman 2013, p. 12-15; Van den Berge 2016, p. 187-222.
232 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 293.
233 Backes & Jansen 2010, p. 80.
234 Dit geldt ook voor hoofdstuk 9 Awb, waarin het klachtrecht is uitgewerkt.
235 Schlössels 2003, p. 23.
236 Dit beroep kan pas worden ingesteld als tegen het primaire besluit bezwaar op grond van art. 7:1 Awb is aangetekend.
237 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 16.

niet bevoegd te oordelen over zulke handelingen. Zij vallen toe aan de burgerlijke rechter, die in dat soort gevallen fungeert als restrechter.[238]

2.4.2 Het besluitbegrip nader beschouwd

Hiervoor is gebleken dat het besluitbegrip een cruciale rol speelt in de systematiek van het algemeen bestuursrecht. Het behoort dan ook tot de *kern* van dit recht. In artikel 1:3, eerste lid, Awb, wordt het besluit omschreven als een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Hieruit vloeit voort dat, om te kunnen spreken van een besluit, er sprake moet zijn van 1) een bestuursorgaan; en 2) een publiekrechtelijke rechtshandeling.

Drager van bestuursrechtelijke rechten en plichten is het *bestuursorgaan*. Het bestuursorgaan is de entiteit waaraan bestuursrechtelijke bevoegdheden, rechten en plichten toekomen.[239] Het bestuursorgaanbegrip is daarmee van cruciaal belang voor het toepassingsbereik van de Awb: als er geen bestuursorgaan in het spel is, is deze wet niet van toepassing. Bovendien kan alleen een bestuursorgaan een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, Awb nemen. In artikel 1:1, eerste lid, Awb wordt een onderscheid gemaakt tussen twee soorten bestuursorganen. Op grond van artikel 1:1, eerste lid, onder a, Awb geldt een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, als een a-orgaan. Dit zijn de zogeheten 'fulltime' bestuursorganen. Daartoe behoren alle organen die behoren tot de hoofdstructuur van de organisatie van de overheid – staat, provincies, gemeentes – evenals openbare lichamen en zelfstandige bestuursorganen.[240] Op basis van artikel 1:1, tweede lid, onder b, Awb geldt een ander persoon of college dat met *openbaar gezag* is bekleed als een b-orgaan. Omdat artikel 1:1, eerste lid, Awb ziet op organen van *publiekrechtelijke rechtspersonen* kan het tweede lid van deze bepaling alleen betrekking hebben op (organen van) *privaatrechtelijke rechtspersonen* dan wel natuurlijke personen. Een b-orgaan is slechts bestuursorgaan in de zin van de Awb, voor zover dit met enig openbaar gezag is bekleed. Zij zijn aldus 'parttime' bestuursorgaan.

Een ander cruciaal kenmerk van het besluitbegrip is dat er sprake moet zijn van een *publiekrechtelijke rechtshandeling*.[241] Een handeling geldt als *rechtshandeling* als deze gericht is op enig rechtsgevolg.[242] Anders gezegd: een rechtshandeling brengt een verandering teweeg in de wereld van het recht. Wanneer een handeling geen rechtsgevolg beoogt, kan aldus geen sprake zijn van een Awb-besluit. In dat geval is er sprake van een *feitelijke handeling*. Belangrijk om op te merken is dat artikel 1:3, eerste lid, Awb betrekking heeft

238 Het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is echter niet consistent opgebouwd. In de loop der jaren is het door veranderende opvattingen over de trias politica gewijzigd. Het gevolg hiervan is dat sommige besluiten, waaronder algemeen verbindende voorschriften, van bestuursrechtelijke rechtsbescherming zijn uitgezonderd. Zie art. 8:3, eerste lid, onderdeel a, Awb. Zie voor de achtergrond van deze uitsluiting: De Poorter & Çapkurt 2017. Omgekeerd geldt dat sommige bestuurshandelingen waarin strikt genomen juist géén besluit is vervat, wél appellabel zijn.

239 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 86.

240 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 87.

241 Ortlep 2008, p. 243.

242 Ortlep 2008, p. 243; PG Awb I, p. 154-155.

op één specifiek type rechtshandeling, te weten een *publiekrechtelijke rechtshandeling*. Wanneer de bevoegdheid om een rechtshandeling te verrichten publiekrechtelijk van aard is, vormt de uitoefening daarvan een publiekrechtelijke rechtshandeling. Een bevoegdheid is publiekrechtelijk van aard wanneer er sprake is van een exclusieve, niet aan eenieder toekomende *bestuursbevoegdheid* van het bestuursorgaan tot het verrichten van een publiekrechtelijke rechtshandeling.[243] Deze bevoegdheid stelt het bestuursorgaan in staat om eenzijdig en op juridisch bindende wijze in de maatschappij in te grijpen. Om die reden wordt in de literatuur ook wel gezegd dat het bestuursorgaan *openbaar gezag uitoefent,* wanneer het een besluit neemt.[244] Iedere publiekrechtelijke bevoegdheid tot het nemen van een besluit moet – uitzonderingen daargelaten – bij wet aan het bestuursorgaan worden toegekend.[245] Dit vereiste – het legaliteitsbeginsel – is in het bijzonder van belang in het bestuursrecht nu besluiten eenzijdig door een bestuursorgaan worden opgelegd. Het bestuur kan bijvoorbeeld tegen de wil van de burger een besluit nemen, dan wel een besluit nemen dat diep kan ingrijpen in zijn fundamentele rechten.

De publiekrechtelijke rechtshandeling moet worden onderscheiden van de privaatrechtelijke rechtshandeling. Dergelijke handelingen kunnen immers door eenieder, zowel natuurlijke als privaatrechtelijke rechtspersonen, worden verricht.[246] In dat geval is er dus *geen* sprake van een exclusief aan een bestuursorgaan toekomende bestuursbevoegdheid. Bezien tegen deze achtergrond is in de literatuur het standpunt ingenomen dat het bestuursrecht in grote mate geldt als *bevoegdhedenrecht*. Het bestuursrecht, zo merken Schlössels en Zijlstra op, "richt zich traditioneel op vragen die verband houden met het begrip bestuursbevoegdheid en – in het verlengde hiervan – op het nemen van besluiten. Het gaat hier om vragen van bevoegdheidsverkrijging (o.m. attributie en delegatie), procedurele en materiële normering van bestuursbevoegdheid en de rechterlijke controle op het nemen van besluiten."[247]

2.4.3 De wortels van het besluitbegrip

Deze karakterisering van het besluitbegrip geeft aanleiding tot reflectie op de gedachte achter dit begrip. Want waarom vallen bepaalde handelingen van bestuursorganen, zoals feitelijke handelingen, buiten de reikwijdte van het besluitbegrip? En waarom kan alleen bezwaar en beroep worden ingesteld tegen een besluit, en niet tegen andere soorten handelingen van bestuursorganen? Om deze vragen te kunnen beantwoorden moet kort worden stilgestaan bij de ontstaansgeschiedenis van het bestuursrecht, en in het verlengde daarvan van het besluitbegrip.

Tegenwoordig is het bestuursrecht een zelfstandig rechtsgebied, maar dit was lange tijd anders. In de eerste helft van de negentiende eeuw hadden het privaatrecht en het strafrecht een eigen codificatie, doctrine en rechter gekregen.[248] De emancipatie van het

243 Bröring e.a. 2022, p. 173.
244 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 95.
245 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 97.
246 Althans, voor zover de wet niet anders bepaalt. Zie art. 3:32 BW.
247 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 95. Zie in vergelijkbare zin: Van der Meulen 1991, p. 267-268.
248 Verheij 1999, p. 11.

bestuursrecht bleef echter achter.[249] Dit kwam deels omdat in die periode grote onenigheid bestond over de vraag door wie het bestuur gecontroleerd zou moeten worden: door het bestuur zelf of door een onafhankelijke rechter? Lange tijd bestond in Nederland groot verzet tegen rechterlijke controle op het bestuur. Het voorstel van Minister van Justitie Loef uit 1905 voor de introductie van een algemene bestuursrechtspraak – op grond waarvan de bestuursrechter zou worden geïntegreerd in de gewone rechterlijke macht – kon niet rekenen op brede instemming.[250] De opvattingen van de Amsterdamse hoogleraar Struycken daarentegen vonden wél weerklank. Hij stelde dat het democratisch gelegitimeerde en gecontroleerde bestuur niet ondergeschikt kon worden gemaakt aan een onafhankelijke en niet-democratisch gelegitimeerde rechter. Zou een rechter bestuursgeschillen beslechten, dan zou hij in de plaats van het bestuur treden, wat volgens hem onwenselijk was. Om die reden brak Struycken een lans voor controle van het bestuur langs politiek-democratische wegen. De onenigheid over de taak van de (bestuurs)rechter heeft uiteindelijk geleid tot fragmentatie van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. In de ene wet koos de wetgever voor administratief beroep – in dat geval controleert een ander, vaak hoger bestuursorgaan het litigieuze besluit –, in andere gevallen werd de rechtsbescherming overgelaten aan een gespecialiseerde bestuursrechter.[251] Pas in 1976 werd met de introductie van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet AROB) voorzien in algemene bestuursrechtspraak.[252]

Hoewel het voorstel voor algemene bestuursrechtspraak begin twintigste eeuw strandde, werd in die periode ook nagedacht over manieren om het versnipperde bestuursrecht te systematiseren. De jurist Van der Pot speelde hierin een belangrijke rol. Hij introduceerde namelijk in zijn artikel 'Drie vormen van besturen' het beschikkingsbegrip, waarop het besluitbegrip van de Awb in belangrijke mate is gebaseerd.[253] In die tijd bestond het bestuursrecht als gezegd slechts uit een verzameling van bijzondere wetten.[254] Van der Pot trachtte in zijn artikel verschillende soorten handelingen van het openbaar bestuur te analyseren en hun karakteristieken te beschrijven. Hij introduceerde, met andere woorden, een typologie van bestuurlijk handelen.[255]

Op basis van een reductieredenering kwam Van der Pot tot een definitie van het begrip 'beschikking'.[256] Volgens hem moest bijvoorbeeld de wetgevende functie worden onderscheiden van de bestuurlijke functie, waardoor het vastleggen van algemene regels buiten dit begrip viel. Ook *privaatrechtelijke rechtshandelingen* van het bestuur moesten volgens Van der Pot daarvan 'uitgescheiden' worden, nu hij zich primair richtte op de *publiekrechtelijke rechtshandeling*. Handelingen die zien op 'materiële daden', die tegenwoordig zouden worden omschreven als feitelijke handelingen van het bestuur, vielen volgens hem

249 Verheij 1999, p. 11-12. Zie in detail over de geschiedenis van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming: Verhoeven 1989.
250 Schlössels 2003, p. 1-3.
251 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 139-140.
252 Michiels 1987.
253 Van der Pot 1932. Zie ook: Van Ommeren & Huisman 2013, p. 16-17; Van den Berge 2016, p. 191-192.
254 Verheij 2013.
255 Van den Berge 2016, p. 193.
256 Zie voor een gedetailleerde bespreking van zijn reductieredenering: Van Male 2007.

buiten het beschikkingsbegrip. Hoewel dergelijke handelingen *in de materiële werkelijkheid* vergaande gevolgen kunnen hebben, zo overwoog Van der Pot, zijn zij voor de *juridische werkelijkheid* 'volkomen indifferent'.[257] Om zijn stelling kracht bij te zetten wees hij op het feit dat handelingen als 'het uitdiepen van een rijkskanaal, het bouwen van een duikboot of openbare school' alleen wijzigingen aanbrengen in de *stoffelijke wereld,* en niet 'in die der rechtsverhoudingen'. Wanneer het bestuur feitelijke handelingen verricht, bleef het 'op zijn eigen terrein' en had het geen invloed op de sfeer van burgers of die van andere bestuursorganen. Wanneer het bestuur een beschikking neemt, lag dat volgens Van der Pot anders. Al redenerend kwam Van der Pot uiteindelijk tot de volgende definitie van het beschikkingsbegrip: "[d]e beschikking is (…) de wilsverklaring van een bestuursorgaan voor een bijzonder geval, gericht op het scheppen van een nieuwe, het wijzigen of het opheffen van een bestaande rechtsverhouding." In dit verband legde hij de nadruk op de *eenzijdigheid* van deze publiekrechtelijke rechtshandeling.

Van der Pots beschikkingsbegrip was oorspronkelijk enkel een doctrinair begrip dat bedoeld was om grip te krijgen op de verschillende handelingen van het bestuur. Door de jaren heen is het echter gepromoveerd tot een wettelijk begrip.[258] De voorlopers van de Awb – de Wet beroep administratieve beschikkingen (Wet BAB) uit 1964 en de Wet AROB uit 1976 – hanteerden het namelijk als maatstaf voor de rechtsmacht van de bestuursrechter.

> In dat verband heeft Verheij in herinnering gebracht dat in de voorlopers van de Wet AROB en de Wet BAB, te weten de Ambtenarenwet uit 1929 en de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie uit 1958, de rechtsmacht van de bestuursrechter ruimer was vormgegeven, nu deze wetten zagen op 'besluiten of handelingen' van het bestuur. Verheij merkt op dat vervolgens in 1964, ten tijde van de inwerkingtreding van de Wet BAB, er vermoedelijk voor is gekozen de bevoegdheid van de bestuursrechter te beperken tot beschikkingen vanwege de destijds heersende constitutionele cultuur in Nederland. Volgens hem houdt deze beperking verband met het feit dat "(…) de Wet BAB en de Wet AROB veel algemener waren dan eerdere rechtsbeschermingswetten, en men bang was om de deur te wijd open te zetten. In ons land bestond immers tot ver in de twintigste eeuw de nodige weerstand tegen rechterlijke controle van het bestuurshandelen."[259]

De codificatie van de Awb in 1994 heeft geleid tot verruiming van het beschikkingsbegrip tot het besluitbegrip. De kernonderdelen van Van der Pots beschikkingsbegrip zijn – deels impliciet, deels expliciet – terug te vinden in artikel 1:3 Awb, waarin het besluit wordt omschreven als 'een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling'. Met deze codificatie heeft het besluitbegrip echter ook een nieuwe functie gekregen, namelijk die van aanknopingspunt voor de bevoegdheid van de bestuursrechter.

Al met al kan worden gesteld dat in het bestuursrecht van een eeuw geleden de publiekrechtelijke rechtshandeling waarmee het bestuur eenzijdig de rechtspositie van de burger kon vaststellen, gold als de handeling bij uitstek waarmee het bestuur macht uitoefende. Ook nu nog behoort het besluit tot de kern van het bestuursrecht, al bestaat hierover wel de nodige discussie, zoals later in dit hoofdstuk zal blijken. In essentie ziet het bestuursrecht

257 Van den Berge 2016, p. 192.
258 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 18-19.
259 Verheij 2013.

op het in goede banen leiden van machtsuitoefening door het bestuur, en het organiseren van rechtsbescherming hiertegen.[260]

2.4.4 Het besluit en het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming

Eerder in dit hoofdstuk is aan bod gekomen dat alleen besluiten in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb ter toetsing kunnen worden voorgelegd aan de bestuursrechter. Voor andere handelingen van het bestuur, zoals feitelijke handelingen, is dat in beginsel niet het geval. Maar waarom is de rechtsmacht van de bestuursrechter gekoppeld aan het besluit? Anders geformuleerd: welke eigenschappen van het besluit rechtvaardigen dat alleen deze handeling door de bestuursrechter kan worden getoetst? Het antwoord op deze vraag houdt verband met het feit dat bij de publiekrechtelijke bevoegdheid waarmee het bestuursorgaan eenzijdig openbaar gezag uitoefent, de behoefte aan, en noodzaak van, bestuursrechtelijke rechtsbescherming van oudsher het grootst is.[261]

Bestuursrechtelijke wetten die de verhouding tussen bestuursorgaan en burger normeren, zijn in de regel onvolledig.[262] Sterker, de wetgever kiest er doorgaans bewust voor om de feiten die rechtsgevolgen doen intreden niet uitputtend te beschrijven.[263] De gedachte hierachter is dat de wetgever lang niet alles kan overzien en daarom de afweging van individuele belangen en het algemeen belang beter aan bestuursorganen kan overlaten.[264] Als gevolg hiervan heeft niet enkel de wetgever, maar ook het bestuur een rechtsvormende taak. Door een besluit te nemen, creëert het immers objectief recht dat jegens eenieder, erga omnes, werkt.[265] Het bestuur dient hierbij als gezegd geen eigen belang: het besluit bevat een oordeel over hetgeen het algemeen belang in concreto vergt.[266] Uiteraard verrichten bestuursorganen ook handelingen die verband houden met een besluit.[267] Dat zijn in ieder geval voorbereidingshandelingen die voorafgaan aan een besluit en uitvoeringshandelingen die plaatsvinden nádat een besluit is genomen.[268] Deze handelingen, die tot het omringende bestuursrecht behoren, houden verband met een besluit, maar vormen zelf feitelijke handelingen. Zij kunnen weliswaar gevolgen hebben voor de materiële werkelijkheid, maar hebben geen invloed op de juridische werkelijkheid en vallen buiten de reikwijdte van het besluitbegrip.[269]

Waarom is nu juist de bestuursrechter bevoegd om een besluit van een bestuursorgaan te toetsen? In theorie zou immers de burgerlijke rechter, die ervaring heeft met het beslechten van geschillen tussen burger en overheid, ook het bestuur kunnen controleren. De afgelopen

260 Peters 2018a, p. 42.
261 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 13; Peters 2018a, p. 42.
262 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 33.
263 Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, p. 215. Voor gebonden bestuursbevoegdheden ligt dit anders.
264 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 71.
265 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 71. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, p. 215.
266 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 34.
267 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 12.
268 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 25-26; Van Ommeren & Huisman 2013, p. 14.
269 Van der Pot 1932. Zie voor een uitvoerige analyse hiervan: Van den Berge 2016, p. 191-193.

decennia zijn verschillende argumenten voor een gespecialiseerde bestuursrechter naar voren gebracht.[270] In dit verband heeft de Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht (VAR) gewezen op een viertal hoofdargumenten.[271] Allereerst is er het fundamentele verschil tussen burgerlijk recht en bestuursrecht. In het burgerlijk recht staat het autonomiebeginsel centraal.[272] Dit houdt in dat in private verhoudingen het uitoefenen van bevoegdheden en het aangaan van rechtsbetrekkingen aan partijen wordt overgelaten.[273] Dit werkt door in de vormgeving van het burgerlijk procesrecht.[274] Partijen kunnen bij de burgerlijke rechter een vordering instellen ter effectuering van burgerlijke rechten op basis van 'individuele verlangens, behoeften of belangen'.[275] De burgerlijke rechter heeft in dat kader tot taak om de verhouding tussen in beginsel gelijke partijen bindend vast te stellen en te oordelen over de vordering.[276] In het bestuursrecht ligt dit anders. Daar is één partij, het bestuur, bevoegd om de rechtspositie van een ander rechtssubject eenzijdig vast te stellen door het nemen van een besluit. De bestuursrechter heeft tot taak te toetsen of het bestuur daarbij binnen zijn bestuursbevoegdheid is gebleven. In dit opzicht dient hij de materiële waarheid te achterhalen, waarvoor de Awb hem verschillende onderzoeksbevoegdheden toekent. Dit ligt anders in het burgerlijk procesrecht waarin de *partijenwaarheid* voorop staat.[277]

Ten tweede staan in het burgerlijk- en bestuursrecht andere belangen centraal.[278] Civiele procedures zien primair op de belangen van procespartijen. In het bestuursprocesrecht spelen daarentegen ook het algemeen belang en belangen van derden een belangrijke rol. Wanneer het bestuur een besluit neemt, dient het niet enkel de belangen van de norm-adressaat in ogenschouw te nemen. Integendeel, het moet het algemeen belang afwegen tegen alle andere relevante (deel)belangen, waaronder die van derden. Anders dan het burgerlijk procesrecht, biedt het bestuursprocesrecht aan bestuursrechters mogelijkheden om met dergelijke belangen rekening te houden.

Ten derde is gewezen op de cultuur van de goede toegang in het bestuursrecht.[279] In bestuursrechtelijke verhoudingen bestaat een structurele ongelijkheid, nu het bestuur als *repeat player* in feitelijke en juridische zin machtiger is dan de burger.[280] De burger, doorgaans een *one shotter,* doet vaak eenmalig een beroep op het recht en heeft niet altijd het doenvermogen om rationele keuzes te maken en in actie te komen.[281] Bovendien beschikt het bestuur over meer middelen om te procederen dan de burger. Zo kan het onbeperkt deskundigen inroepen en advies inwinnen. Deze macht van het bestuur wordt

270 Polak 1999, p. 128-132; Schlössels 2003; Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 32-37; Van Ommeren & Huisman 2013, p. 78-81.
271 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 31-37.
272 Nieuwenhuis 1979, p. 63.
273 Nieuwenhuis 1979, p. 63-64.
274 De Groot 2012, in het bijzonder paragraaf 3.3.
275 De Groot 2012, paragraaf 3.1.
276 Dit volgt uit art. 24 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
277 De Groot 2012.
278 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 33-34.
279 Polak 1999, p. 132-137; Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 34.
280 De termen 'repeat player' en 'one shotter' zijn afkomstig uit Galanter 1974.
281 WRR 2017b.

door het bestuursprocesrecht gecompenseerd door toegang tot rechtsbescherming voor de burger te vergemakkelijken. Dit komt onder andere tot uitdrukking in het feit dat zonder procesvertegenwoordiging kan worden geprocedeerd en griffiegelden laag zijn. Ook is het procesrisico van de burger gering, omdat hij niet tot betaling van de proceskosten van het bestuur kan worden veroordeeld. Dit ligt anders in civiele procedures, die doorgaans kostbaarder en formalistischer zijn.

Tot slot zou de noodzaak van *ongelijkheidscompensatie* het bestaan van bestuursrechtspraak rechtvaardigen.[282] De burgerlijke rechter heeft in een gerechtelijke procedure doorgaans een lijdelijke positie, omdat het burgerlijk procesrecht de partijengelijkheid als uitgangspunt heeft. Maar in het bestuursprocesrecht zijn partijen als gezegd fundamenteel ongelijk. Met deze ongelijkheid is rekening gehouden in de vormgeving van het Awb-procesrecht. Zo heeft het als uitgangspunt dat het bestuur primair verantwoordelijk is voor het feitenonderzoek en dat de bestuursrechter eigen onderzoeksbevoegdheden heeft om zo nodig op zoek te gaan naar de materiële waarheid en ongelijkheidscompensatie te bieden. Zo moet voorkomen worden dat de burger de dupe wordt van 'processuele fouten en omissies'.[283]

2.4.5 Beperkingen van het klassiek besluitmodel

Hiervoor is gebleken dat, uitzonderingen daargelaten, de bevoegdheid van de bestuursrechter beperkt is tot het toetsen van besluiten in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb. Dit klassiek besluitmodel is de afgelopen jaren meermaals onder vuur komen te liggen.[284] In dat kader wordt, in hoofdlijnen, doorgaans gewezen op drie beperkingen van dit model. Allereerst zou het besluit als maatstaf voor de rechtsmacht van de bestuursrechter te beperkt zijn en leiden tot fragmentatie.[285] Toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming kan, als gezegd, alleen worden verkregen als het geschil dat partijen verdeeld houdt ziet op een Awb-besluit. Feitelijk bestuurshandelen dat aan een besluit is gerelateerd, maar als zodanig niet geldt als een besluit, valt buiten de reikwijdte van deze rechtsbescherming. Dit belet de bestuursrechter integraal naar een geschil te kijken: hij is enkel bevoegd te oordelen over het deel van het geschil dat ziet op het besluit.[286] Dat levert in de praktijk echter problemen op, want "[v]eelal speelt er veel meer vóór, achter of na het besluit."[287] Maar vanwege het besluitmodel kan het bestuur zich jegens de rechtzoekende burger en de bestuursrechter beperken tot dat éne besluit. In dit soort gevallen, waarin de bestuursrechter een juridisch conflict niet integraal kan beslechten, kan de burger zich wenden tot de burgerlijke rechter, die dan als restrechter optreedt. Wel leidt dit tot fragmentatie van het geschil – burgers zouden dan twee rechters moeten adiëren om het geschil volledig te beslechten –, wat vanuit het perspectief van effectieve geschilbeslechting onwenselijk is. Kortom: het

282 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 35.
283 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 35.
284 Zie in dat kader onder andere: Polak 1999; Verheij 1999; Schlössels 2003; Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004; Van Ommeren & Huisman 2013; Van den Berge 2016; Schlössels & Zijlstra 2017.
285 Verheij 1999; Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 19-20.
286 Van den Berge 2016, p. 188.
287 Brenninkmeijer 2003, p. 1023.

besluitbegrip als structurerend element voor de bevoegdheid van de bestuursrechter zou een tekort aan bestuursrechtelijke rechtsbescherming opleveren.

Daarnaast zou de toepassing van het besluitbegrip in sommige gevallen juist leiden tot een opeenstapeling van bestuursrechtelijke procedures. Dit leidt vooral tot problemen wanneer er sprake is van ketenbesluitvorming. In dat geval worden ten aanzien van hetzelfde materiële vraagstuk meerdere opeenvolgende besluiten in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb genomen, zoals de stopzetting én terugvordering van een toeslag of uitkering.[288] Dat het bestuursprocesrecht als uitgangspunt heeft dat tegen ieder besluit bezwaar en beroep kan worden aangetekend, heeft tot gevolg dat dan ook tegen ieder van die verschillende besluiten afzonderlijk moet worden opgekomen. Zo kan een en hetzelfde geschil meermaals aan de bestuursrechter worden voorgelegd. Dit kan leiden tot een *overkill* aan rechtsbescherming.[289] De burger moet erop bedacht zijn dat verschillende bezwaar- en beroepsmomenten bestaan en hiernaar handelen.

Tot slot wordt gewezen op het feit dat in de relatie tussen burger en bestuursorgaan ook geschillen kunnen ontstaan waarvan op voorhand duidelijk is dat deze niet zien op een Awb-besluit. Zo kan er zich een conflict voordoen over een feitelijke handeling van een bestuursorgaan.[290] Voor de beslechting van een dergelijk geschil kan een rechtzoekende, uitzonderingen daargelaten, niet terecht bij de bestuursrechter, nu hij alleen bevoegd is om te oordelen over Awb-besluiten. Maar dit uitgangspunt behoeft enige nuancering. Hoewel de Awb de rechtsmacht van de bestuursrechter beperkt tot besluiten, is deze bevoegdheid allerminst statisch.[291] In sommige situaties wordt aangenomen dat de bestuursrechter rechtsmacht heeft over een geschil, zonder dat sprake is van een 'echt' besluit. In dat geval construeert hij een *strategisch besluit:* hij vult dan het besluitbegrip strategisch in om rechtsbescherming te kunnen bieden aan de rechtzoekende.[292]

Wanneer een rechtzoekende een bestuurshandeling die niet geldt als een besluit aan de kaak tracht te stellen, moet hij zich wenden tot de burgerlijke rechter. De vraag is echter of dit vanuit een principieel oogpunt wel wenselijk is. Eerder is gewezen op de fundamentele verschillen tussen het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht. Het bestuursprocesrecht is ontworpen met het doel om laagdrempelige toegang tot rechtsbescherming te bieden. Zo is in het bestuursprocesrecht procesvertegenwoordiging niet verplicht, stelt artikel 6:5 Awb slechts lichte eisen aan bezwaar- en beroepsschriften, zijn de griffierechten relatief laag en is het procesrisico gering. Ook is dit recht zo ingericht dat

288 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 36-37; Van den Berge 2016, p. 188.
289 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 36.
290 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 19; Van Ommeren & Huisman 2013, p. 31.
291 Schlössels 2003, p. 25.
292 Schlössels 2003, p. 26.

de rechtzoekende in theorie voor zichzelf kan opkomen.[293] Aangezien de laagdrempelige bestuursrechtelijke procedure alleen kan worden gestart om een besluit ter discussie te stellen, is de rechtzoekende 'betrekkelijk machteloos' wanneer hij tracht te ageren tegen andersoortig bestuurshandelen, nu het burgerlijk recht dergelijke waarborgen niet biedt.[294]

> Het is maar de vraag in hoeverre de civiele rechter in de praktijk daadwerkelijk fungeert als restrechter. Uit onderzoek van het WODC volgt bijvoorbeeld dat het aantal civielrechtelijke zaken de afgelopen jaren is afgenomen. Deze afname kan volgens de Raad voor de Rechtspraak onder meer worden verklaard door de afschrikwekkende werking van de relatief hoge griffiekosten in civiele zaken.[295] De constatering dat de civiele procedure minder toegankelijk lijkt te zijn geworden voor rechtzoekenden is volgens Schuurmans een voor het bestuursrecht relevante bevinding. Deze zou immers de gedachte dat de civiele rechter als rechtsrechter fungeert relativeren.[296]

Bezien tegen deze achtergrond is de afgelopen jaren meermaals de vraag opgeworpen of het besluitbegrip nog wel zou moeten fungeren als toegangspoort tot de bestuursrechter. Reeds in de jaren negentig stelde Kortmann voor om het besluit als maatstaf voor de rechtsmacht van de bestuursrechter te verlaten. Deze rechtsmacht zou volgens hem niet afhankelijk moeten worden gesteld van de *aard* van de handeling – besluit of niet –, maar van de vraag *wie* de handeling verricht. Telkens wanneer een overheidsorgaan dat doet, zo stelt Kortmann, zou de bestuursrechter bevoegd moeten zijn hierover te oordelen.[297]

Enkele jaren later, in 2004, heeft de VAR-Commissie Rechtsbescherming voorgesteld de rechtsmacht van de bestuursrechter los te koppelen van het besluitbegrip. Als alternatief stelde zij voor om de figuur van 'de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking' te hanteren als maatstaf.[298] Of een betrekking geldt als een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zou volgens de commissie door de rechter moeten worden bepaald 'aan de hand van een verzameling van materiële criteria'.[299] In dat kader stelde zij dat het besluitmodel zou kunnen worden uitgebreid met een verzoekschriftprocedure, waarin onder meer feitelijke handelingen ter toetsing kunnen worden voorgelegd aan de bestuursrechter.[300]

Voortbordurend op het werk van de VAR-Commissie Rechtsbescherming, hebben ook Van Ommeren en Huisman in hun VAR-preadvies uit 2013 een lans gebroken voor uitbreiding

---

293 In theorie, want er kunnen verschillende redenen zijn waarom iemand niet het doenvermogen heeft om in actie te komen tegen een (potentieel) juridisch geschil. Zie in dat kader: WRR 2017b. Zo kunnen burgers verschillende barrières ervaren, zoals psychologische drempels (vanwege gevoelens van angst of schaamte), financiële drempels (vanwege de kosten van het aanpakken van een probleem) of handelingsverlegenheid (het niet weten hoe een probleem moet worden aangepakt). Interessant in dat verband is de constatering dat burgers die recht hebben op gesubsidieerde rechtsbijstand doorgaans meer handelingsverlegenheid en meer financiële en psychologische drempels ervaren in de toegang tot recht dan burgers die niet voor gesubsidieerde rechtsbijstand in aanmerking komen. Hoekstra & Teeuwen 2023, p. 8.

294 Van den Berge 2016, p. 188.

295 Ter Voert & Hoekstra 2019, p. 49-50; Raad voor de Rechtspraak 2019, p. 16.

296 Schuurmans 2023.

297 Kortmann 1998.

298 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 89-91.

299 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 91.

300 Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004, p. 81; De Poorter & De Graaf 2011.

van de rechtsmacht van de bestuursrechter naar alle geschillen die ontstaan binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.[301] Op die manier zou volgens hen handelen dat verband houdt met een Awb-besluit, maar zelf niet als zodanig kwalificeert, kunnen worden overgeheveld van de civiele rechter naar de bestuursrechter.[302] In het model van Van Ommeren en Huisman is echter geen ruimte gereserveerd voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen zuiver feitelijk bestuurshandelen, dat wil zeggen: feitelijk handelen dat in het geheel geen verband houdt met een Awb-besluit.[303] Hun model blijft namelijk vasthouden aan het besluitbegrip als sleutel voor de rechtsmacht van de bestuursrechter, zij het dat zijn bevoegdheid wordt uitgebreid tot het 'omringende bestuursrecht'.[304]

Op het bovengenoemde rechtsbetrekkingenmodel is in de literatuur de nodige kritiek geuit. Noemenswaardig is de opvatting van Van den Berge. Constaterende dat het groeimodel van Van Ommeren en Huisman vasthoudt aan het besluit, vraagt hij zich af waarom bestuursrechtelijke rechtsbescherming alleen beschikbaar zou moeten zijn 'ter bestrijding van besluiten en daarmee direct verband houdende handelingen, terwijl diezelfde burger ter bestrijding van andere handelen waarmee de overheid hem op eenzijdige wijze haar wil oplegt is aangewezen op de burgerlijke rechter'.[305] In de moderne netwerksamenleving, zo stelt hij, bestaat bestuurlijke machtsuitoefening namelijk 'allang niet meer in de kern uit 'het vormen en vaststellen van nieuw objectief recht door besluiten' (…)'.[306] Veelal is die machtsuitoefening ingebed in 'onoverzichtelijke bestuursnetwerken en andere structuren waarin een duidelijk centrum ontbreekt'.[307] In dat kader bepaalt het bestuur, afhankelijk van de situatie, of het zijn handelen giet in een Awb-besluit of niet: "[i]n de 'managerial state' waarin wij leven kneedt het bestuur zich tot de vorm die het voor de gelegenheid het meest passend acht, als het nodig is terugvallend op zijn klassieke rol als centrale beslisser, maar zich bij voorkeur presenterend als 'partner' die 'samen met burgers' maatschappelijke problemen te lijf gaat."[308] Bezien tegen deze achtergrond stelt Van den Berge voor het besluit los te koppelen van de rechtsmacht van de bestuursrechter. In plaats daarvan zou de bevoegdheid van de bestuursrechter moeten worden afgebakend door een 'materieel criterium (…) dat de kern van het besturen zoekt in feitelijke publieke machtsuitoefening'.[309]

2.5 Het strategisch besluit in gegevensbeschermingswetgeving

In de vorige paragrafen is de basisfilosofie van het bestuursrecht en die van het Europees gegevensbeschermingsrecht uiteengezet. Op grond van deze uiteenzetting kan worden gesteld dat tussen beide stelsels twee verschillen bestaan. Het eerste verschil betreft het

301 Van Ommeren & Huisman 2013.
302 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 57.
303 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 55-57.
304 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 57. In vergelijkbare zin hebben ook Van Angeren, De Poorter en De Graaf ervoor gepleit om 'de gedragingen voor, tijdens en na de totstandkoming van een besluit onder de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen': Van Angeren 2010, p. 214; De Poorter & De Graaf 2011, p. 112.
305 Van den Berge 2016, p. 225.
306 Van den Berge 2019, p. 11. Zie ook: Van den Berge 2016, p. 225-226.
307 Van den Berge 2019, p. 12.
308 Van den Berge 2019, p. 11.
309 Van den Berge 2019, p. 11.

toepassingsbereik. Hoewel het Europees gegevensbeschermingsrecht en het bestuursrecht beiden een algemeen karakter hebben, verschillen zij fundamenteel van aard en opzet. Het bestuursrecht reguleert het handelen van bestuursorganen. Dit werkt door in de vormgeving van de Awb. Het bestuursorgaanbegrip bepaalt de werkingssfeer van de Awb, die zich beperkt tot de publieke sector, en is aldus van cruciaal belang.[310] Kenmerkend aan Europese gegevensbeschermingswetgeving is daarentegen juist haar omnibuskarakter. De AVG normeert handelingen van actoren binnen het publiekrecht én privaatrecht. De verordening is immers, net als Richtlijn 95/46 en de Wbp dat waren, gelijkelijk van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens in de publieke en private sector. Dit komt tot uitdrukking in de wijze waarop het begrip 'verwerkingsverantwoordelijke' wordt ingevuld. Iedere natuurlijke persoon, rechtspersoon dan wel overheidsinstantie kan verwerkingsverantwoordelijke zijn, zolang deze maar het doel en de middelen van de gegevensverwerking vaststelt.[311] In dat opzicht kan worden geconstateerd dat het Europees gegevensbeschermingsrecht het klassieke onderscheid tussen publiek- en privaatrecht overstijgt.

Het tweede verschil betreft de aard van het te reguleren object. Het algemeen bestuursrecht is voor het overgrote deel te typeren als een bevoegdhedenrecht. In de kern richt het zich op het in goede banen leiden van de eenzijdige uitoefening van openbaar gezag door Nederlandse bestuursorganen. De nadruk ligt daarbij op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid door een bestuursorgaan, waarmee het middels een besluit eenzijdig de rechtspositie van een burger kan vaststellen. Het bestuursrecht ziet aldus in essentie op het reguleren van handelingen die veranderingen teweegbrengen in de wereld van het recht. Het Europees gegevensbeschermingsrecht heeft daarentegen tot doel de verwerking van persoonsgegevens door de verwerkingsverantwoordelijke in goede banen te leiden. Een verwerking van persoonsgegevens bewerkstelligt als zodanig, strikt genomen, geen verandering in de wereld van het recht. Het is in essentie een feitelijke handeling. De betrokkene kan wel over de feitelijke verwerking van zijn persoonsgegevens controle uitoefenen door een beroep te doen op een van de subjectieve informatierechten die het Europees gegevensbeschermingsrecht aan hem toekent.[312]

Dit onderscheid tussen het algemeen bestuursrecht en het Unierecht doet zich ook voor in andere contexten. In het rapport *Europa en het algemeen bestuursrecht* heeft de VAR-Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht zich gebogen over twee voorstellen voor een Europese Awb, te weten de 'Model Rules on EU Administrative Procedures' van het netwerk ReNEUAL en het voorstel voor een 'Regulation on the Administrative Procedures of the European Union's institutions bodies, offices and agencies' van het Europese Parlement.[313] Zij constateert dat de Awb en bovengenoemde voorstellen voor een Europese Awb op verschillende fundamenten berusten. Zij stelt dat de Awb 'hoe men het ook wendt of keert' ziet op bestuursorganen die besluiten nemen.[314] Subjectieve rechten van burgers spelen hierbij niet of nauwelijks een rol.[315] Hierdoor is volgens haar de theorievorming over subjectieve rechten van burgers in de

310 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 86; Bröring e.a. 2022, p. 92.
311 Art. 4, onderdeel 7, AVG. Zie hierover ook Von Meijenfeldt 2017, p. 125.
312 VAR, Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021, p. 76.
313 VAR, Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021, p. 11.
314 VAR, Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021, p. 76 en 79.
315 VAR, Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021, p. 77.

context van het Nederlands bestuursrecht 'weinig ontwikkeld'.[316] In de voorstellen voor een Europese Awb spelen volgens de VAR-Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht subjectieve rechten juist een cruciale rol.[317]

Deze twee verschillen hebben tot gevolg dat een betrokkene die wenst op te komen tegen de verwerking van zijn gegevens door een bestuursorgaan, deze verwerking niet zonder meer in een bestuurlijke bezwaar- of beroepsprocedure ter discussie kan stellen. Om te bepalen of een betrokkene toegang heeft tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming, moeten namelijk twee voorvragen worden beantwoord:[318] 1) is er sprake van een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, Awb van een bestuursorgaan?; en 2) is de betrokkene belanghebbende bij dat besluit?

Stel dat de betrokkene ten aanzien van een verwerking van zijn persoonsgegevens door een bestuursorgaan aangeeft dat deze onrechtmatig is, omdat ze in strijd is met een beginsel van gegevensbescherming als bedoeld in artikel 5 AVG. Hij richt zich tot het bestuursorgaan dat het doel en de middelen van die verwerking heeft vastgesteld en verzoekt de verwerking te staken. Geldt de schriftelijke reactie van dat orgaan als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb? Het antwoord luidt ontkennend. De handeling waartegen de rechtzoekende tracht op te komen, betreft een feitelijke handeling. En tegen dergelijke handelingen kan, zoals uitvoerig is toegelicht, geen bezwaar en beroep worden ingesteld. Hoewel hier geen sprake is van de uitoefening van openbaar gezag, maakt de handeling in kwestie – de bestuurlijke gegevensverwerking – deel uit van de publiekrechtelijke betrekking tussen de betrokkene en het bestuursorgaan.[319]

Stel nu dat de betrokkene die tracht op te komen tegen de verwerking van zijn gegevens door een bestuursorgaan, jegens dat orgaan expliciet een van zijn subjectieve informatierechten inroept. Krachtens artikel 17, eerste lid, onderdeel d, AVG verzoekt hij schriftelijk om een rechtmatigheidsoordeel over de verwerking van zijn gegevens en tevens om wissing ervan, aangezien de verwerking onrechtmatig zou zijn. Het bestuursorgaan in kwestie reageert schriftelijk op het verzoek, waarbij het zowel weigert een oordeel te vellen over de rechtmatigheid van de verwerking als aangeeft deze niet te zullen verwijderen. Geldt deze reactie als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb, waartegen de betrokkene op grond van artikel 7:1 jo. 8:1 Awb bezwaar en beroep kan instellen? Wederom luidt het antwoord ontkennend. De reactie die de betrokkene heeft ontvangen op zijn verzoek om wissing levert namelijk strikt genomen geen besluit op. Zij vormt immers geen publiekrechtelijke rechtshandeling als bedoeld in artikel 1:3 Awb nu het bestuur niet eenzijdig openbaar gezag uitoefent. Dit houdt verband met de specifieke aard van het Europees gegevensbeschermingsrecht. De AVG is immers gelijkelijk van toepassing op verwerkingen in de private en de publieke sector. Ook privaatrechtelijke rechtspersonen, of zelfs natuurlijke personen, kunnen kwalificeren als een AVG-verwerkingsverantwoordelijke

316 VAR, Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021, p. 76.
317 VAR, Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021, p. 77.
318 Art. 8:1 en 7:1 Awb.
319 Schlössels signaleerde in zijn Nijmeegse oratie al dat in de bestuursrechtelijke literatuur onvoldoende wordt onderkend dat een publiekrechtelijke rechtsbescherming en de aanwezigheid van openbaar gezag niet noodzakelijkerwijs samengaan. Schlössels 2003, p. 27.

tegen wie een betrokkene informatierechten kan inroepen.[320] Wanneer een bestuursorgaan als verwerkingsverantwoordelijke een informatieverzoek van een betrokkene afwijst of toewijst, handelt het aldus niet uit hoofde van een exclusief aan dat orgaan toegekende bestuursbevoegdheid. Het voldoet simpelweg aan zijn gegevensbeschermingsrechtelijke plicht.[321] De bestuursrechter heeft, strikt genomen, dan ook geen rechtsmacht om te oordelen over de gegevensverwerking waarop het informatieverzoek betrekking heeft.

Dit resultaat heeft de wetgever echter onwenselijk geacht, zoals onder andere blijkt uit de memorie van toelichting bij de Wbp. Volgens hem dient de rechtmatigheid van de bestuurlijke gegevensverwerking door de bestuursrechter te kunnen worden getoetst in de context waarin deze heeft plaatsgevonden.[322] Om in een dergelijk geval de betrokkene toch toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming te bieden, en de bestuursrechter in staat te stellen te oordelen over gegevensverwerkingen in de publieke sector, introduceerde hij in artikel 45 Wbp een nieuw rechtsbeschermingsmodel dat in dit proefschrift 'het informatieverzoek-besluitmodel' wordt genoemd. Artikel 45 Wbp luidde als volgt: "[e]en beslissing op een verzoek als bedoeld in de artikelen 30, derde lid, 35, 36 en 38, tweede lid, alsmede een beslissing naar aanleiding van de aantekening van verzet als bedoeld in de artikelen 40 of 41 geldt voor zover deze is genomen door een bestuursorgaan als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht."

Op basis van dit model moest de betrokkene, om toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming te kunnen verkrijgen, eerst zijn informatierecht uitoefenen door een informatieverzoek in te dienen bij het bestuursorgaan dat zijn gegevens had verwerkt. De schriftelijke reactie van het bestuur op dit informatieverzoek diende vervolgens te worden beschouwd als een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, Awb.[323] Op die manier construeerde het informatieverzoek-besluitmodel van de Wbp een *strategisch besluit* dat het mogelijk maakte bestuursrechtelijke rechtsbescherming te bieden tegen gegevensverwerkingen door bestuursorganen. Door het informatieverzoek-besluitmodel te introduceren brak de wetgever, strikt genomen, met de dogmatiek van het besluitbegrip, in het bijzonder het rechtshandelingsvereiste. De wens om bestuursrechtelijke rechtsbescherming open te stellen tegen bestuurlijke gegevensverwerkingen rechtvaardigde echter deze breuk.

Als gezegd is in mei 2018 de AVG van toepassing geworden.[324] De Wbp is hierdoor komen te vervallen. Wat betreft de doorwerking van het Europees gegevensbeschermingsrecht in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming heeft dit echter geen veranderingen teweeggebracht.[325] Het informatieverzoek-besluitmodel van de Wbp is namelijk een-op-een overgenomen in artikel 34 Uitvoeringswet AVG. Dit artikel luidt als volgt: "[e]en schriftelijke beslissing op een verzoek als bedoeld in de artikelen 15 tot en met 22

320 Zie art. 4, onderdeel 7, AVG. Zie ook art. 1, onderdeel e, Wbp.
321 Peters 2018b, p. 256.
322 *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 25 en *Kamerstukken II* 1998/99, 25892, nr. 6, p. 5.
323 Op een dergelijk verzoek moet een bestuursorgaan conform art. 12, derde lid, AVG binnen een maand reageren. Die termijn kan, afhankelijk van de complexiteit van het informatieverzoek, met twee maanden worden verlengd.
324 Art. 99, tweede lid, AVG.
325 De Nederlandse wetgever heeft er namelijk voor gekozen de AVG 'beleidsneutraal' te implementeren. Zie hierover *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 17.

van de verordening wordt genomen binnen de in artikel 12, derde lid, van de verordening genoemde termijnen en geldt, voor zover deze is genomen door een bestuursorgaan, als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht."

Net als eerder het geval was in artikel 45 Wbp, wordt ook in artikel 34 Uitvoeringswet AVG een strategisch besluit geconstrueerd. Hieruit volgt immers dat wanneer een bestuursorgaan een schriftelijke beslissing neemt op een informatieverzoek van een betrokkene, waarin hij een van zijn informatierechten als bedoeld in artikel 15-22 effectueert, deze beslissing kwalificeert als een besluit in de zin van de Awb. Een betrokkene die wenst op te komen tegen de wijze waarop een bestuursorgaan zijn gegevens heeft verwerkt, kan door gebruikmaking van dit informatieverzoek-besluitmodel toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming verkrijgen.

2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is stilgestaan bij de grondslagen van het Europees gegevensbeschermingsrecht en het Nederlands bestuursrecht. Eerst zijn de fundamenten van het Europees gegevensbeschermingsrecht toegelicht. In dat verband is de transformatie van het gegevensbeschermingsrecht in kaart gebracht. Tot eind jaren zestig vormden persoonsgegevens geen zelfstandig onderwerp van wetgeving. In circa vijftig jaar is het gegevensbeschermingsrecht echter uitgegroeid tot een zelfstandig rechtsgebied dat voorschrijft hoe persoonsgegevens verwerkt moeten worden. De EU heeft in deze transformatie een belangrijke rol gespeeld. Met Richtlijn 95/46 zette zij een eerste stap om de regels van gegevensbescherming van de Europese lidstaten te harmoniseren. Het recht op gegevensbescherming werd vervolgens in artikel 8 EU-Grondrechtenhandvest erkend als een zelfstandig fundamenteel recht. De komst van de AVG bevestigt dat het recht op gegevensbescherming definitief is verworden tot een Europese constitutionele aangelegenheid.

Vervolgens is aandacht besteed aan de grondslagen van het Europees gegevensbeschermingsrecht en die van het bestuursrecht. Uit de analyse is naar voren gekomen dat beide rechtsgebieden andere vormen van machtsuitoefening normeren. Het Nederlands bestuursrecht ziet het eenzijdig nemen van een besluit door een bestuursorgaan als het voornaamste middel van machtsuitoefening. Het besluit wordt daarom gerekend tot de kern van het bestuursrecht. Bezien tegen deze achtergrond stelt de Awb het besluit centraal. Dat geldt ook voor het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Op grond van artikel 8:1 en 7:1 Awb kan immers alleen bezwaar en beroep worden ingesteld tegen een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, Awb. Voor feitelijke handelingen bestaat in het bestuursrecht van oudsher weinig aandacht. Dergelijke handelingen zouden immers geen veranderingen teweegbrengen in de wereld van het recht en daarom niet tot de kern van het bestuursrecht behoren.

Het Europees gegevensbeschermingsrecht reguleert een andere vorm van machtsuitoefening, te weten de verwerking van persoonsgegevens. Het heeft tot doel om een feitelijke handeling, de verwerking van persoonsgegevens van natuurlijke personen, in goede banen te leiden. Daartoe formuleert het normen waaraan verwerkingsverantwoordelijken zich

dienen te houden. Tevens kent het aan de betrokkene subjectieve informatierechten toe op grond waarvan hij controle kan uitoefenen over de verwerking van zijn persoonsgegevens.

Door dit fundamentele verschil tussen beide rechtssystemen kan een rechtzoekende niet onder alle omstandigheden opkomen tegen de verwerking van zijn persoonsgegevens door een bestuursorgaan. Toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming kan immers alleen worden verkregen, wanneer er sprake is van een Awb-besluit. Een burger die klaagt over de wijze waarop een bestuursorgaan zijn persoonsgegevens heeft verwerkt, bijvoorbeeld door te stellen dat de verwerking strijdig is met materiële normen uit het Europees gegevensbeschermingsrecht, ageert echter tegen een feitelijke handeling. De reactie van het bestuur op dit informatieverzoek kan daarom niet worden opgevat als de uitoefening van openbaar gezag, met als gevolg dat er geen sprake is van een besluit.

De Nederlandse wetgever heeft echter getracht deze rechtsbeschermingslacune te dichten door middel van het informatieverzoek-besluitmodel. Wanneer een betrokkene wenst op te komen tegen de verwerking van zijn persoonsgegevens door een bestuursorgaan, dan moet hij bij dat orgaan een informatieverzoek indienen ter effectuering van een van zijn subjectieve informatierechten. De schriftelijke reactie van het bestuursorgaan op dit informatieverzoek geldt vervolgens als een besluit in de zin van de Awb waartegen bezwaar en beroep kan worden ingesteld. De introductie van het informatieverzoek-besluitmodel impliceerde een breuk met de dogmatiek van het besluitbegrip, in het bijzonder het rechtshandelingsvereiste. Deze dogmatiek legde het hier af tegen de wens van de wetgever om bestuursrechtelijke rechtsbescherming te realiseren tegen bestuurlijke gegevensverwerkingen.