



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).

Typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking

3.1 Inleiding

Bestuursorganen verwerken voor verschillende doeleinden gegevens van burgers. Zo verzamelen en analyseren zij deze om, ambtshalve of op aanvraag, besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb te nemen. Nadat een besluit is genomen, verwerken toezichthouders dergelijke gegevens voor handhavingsdoeleinden. Zij controleren dan of de wettelijke voorschriften op grond waarvan het besluit is genomen, worden nageleefd. Tevens verwerken bestuursorganen persoonsgegevens om publieke taken uit te voeren. Dit kan variëren van het reguleren van lokale verkeersstromen tot aan het inzamelen van huishoudelijk afval. Tot slot vergaren zij steeds vaker gezamenlijk gegevens binnen samenwerkingsverbanden om complexe maatschappelijke problemen, zoals grootschalige fraude en ondermijnende criminaliteit, integraal aan te pakken.

Wanneer het bestuur persoonsgegevens van een burger verwerkt, dient het te voldoen aan het Europees gegevensbeschermingsrecht. De AVG is immers bindend in al haar onderdelen én is rechtstreeks van toepassing in de nationale rechtsorde. Maar de Awb zelf bevat óók materiële normen die betrekking hebben op de bestuurlijke omgang met gegevens. Deze normen zien weliswaar niet specifiek op de verwerking van *persoonsgegevens*, maar hebben wel betrekking op de inbreng van (zakelijke) gegevens, inlichtingen, kennis en bescheiden door partijen in besluitvormingsprocedures. Ook bijzondere, doorgaans sectorale, wetten bevatten vaak normen over de verwerking van gegevens door bestuursorganen voor doeleinden variërend van het nemen van Awb-besluiten en het verrichten van publieke taken tot het houden van toezicht.

Als gevolg van deze verscheidenheid aan rechtsbronnen kan er sprake zijn van een materiële samenloop tussen het Europees gegevensbeschermingsrecht en het Nederlands bestuursrecht. Die samenloop vindt plaats wanneer één en dezelfde bestuurlijke verwerking wordt genormeerd door de AVG én de Awb. De vraag is of deze *materiële* samenloop ook *procesrechtelijke* consequenties heeft voor de rechtsbescherming tegen de bestuurlijke verwerking van persoonsgegevens. Uit het vorige hoofdstuk is gebleken dat tegen zulke verwerkingen in principe via het informatieverzoek-besluitmodel kan worden opgekomen.

Stel nu echter dat een bestuursorgaan persoonsgegevens verwerkt voor een Awb-besluit, bijvoorbeeld een beslissing over een bijstandsaanvraag. Kan de aanvrager van dat besluit,

wanneer die zich tegen deze verwerking tracht te verzetten, toegang tot rechtsbescherming verkrijgen via het informatieverzoek-besluitmodel? Dient hij in dit geval juist via het klassiek besluitmodel bezwaar en beroep aan te tekenen tegen het besluit inzake de bijstandsuitkering? Of kan hij beide wegen bewandelen? Dit hoofdstuk heeft tot doel inzichtelijk te maken of bovengenoemde samenloop in de materiële normering van gegevensverwerkingen ook gevolgen heeft voor de toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Dit inzicht wordt verworven door middel van een typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking. Deze typologie zal verduidelijken langs welke wegen een betrokkene toegang tot rechtsbescherming kan verkrijgen, wanneer hij tracht te ageren tegen de verwerking van zijn gegevens door een bestuursorgaan. De typologie fungeert daarmee als een analytisch instrument om te kunnen duiden hoe het Europees gegevensbeschermingsrecht doorwerkt in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

De opzet van het hoofdstuk is als volgt. Eerst wordt uiteengezet welk beeld de wetgever tijdens de codificatie van de Awb had bij de bestuurlijke omgang met gegevens (par. 3.2). Hieruit zal blijken dat hij uitging van een papieren overheidsbestuur. Vervolgens wordt geanalyseerd hoe de Awb de bestuurlijke omgang met gegevens normeert (par. 3.3). Zij heeft vooral oog voor de wijze waarop het bestuur gegevens verwerkt ten behoeve van de vaststelling van *rechtsfeiten* die een rol spelen in besluitvormingsprocedures. Deze rechtsfeiten fungeren als bewijs in de bestuurlijke procedure. Het bestaan – of juist het niet bestaan ervan – is bepalend voor de vraag of het bestuur zijn bestuursbevoegdheid kan activeren en eenzijdig kan ingrijpen in de rechtspositie van de burger door eenzijdig een besluit te nemen.¹ Aan de hand van dit inzicht wordt een typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking opgesteld (par. 3.4). Een dergelijke typologie ontbreekt tot op heden in de literatuur, waardoor onduidelijkheid bestaat over de verschillende wegen waarlangs toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming kan worden verkregen om te ageren tegen een bestuurlijke gegevensverwerking.

Uit deze typologie zal blijken dat de wijze van toegang afhangt van de vraag of de betrokkene tegen een verwerking *autonoom* of *accessoir* wil opkomen. *Autonoom opkomen* ziet op de situatie waarin een betrokkene de rechtmatigheid van de verwerking *zelfstandig* ter discussie stelt. Hij kan dan via het informatieverzoek-besluitmodel toegang tot rechtsbescherming verkrijgen. Wanneer de verwerking *verband houdt* met een Awb-besluit, omdat zij als rechtsfeit onderdeel uitmaakt van de feitenvaststelling voor dat besluit, ligt de zaak anders. De toegang tot rechtsbescherming hangt dan af van het doel van de procedure. Beoogt de betrokkene enkel te ageren tegen de verwerking van zijn gegevens, dan moet hij het informatieverzoek-besluitmodel volgen. Er is dan sprake van *autonoom opkomen* tegen de gegevensverwerking. Wanneer hij zowel de bestuurlijke gegevensverwerking als het Awb-besluit wil aanvechten, dan moet hij hiertegen *accessoir* opkomen. Hij dient dan bezwaar en beroep in te stellen tegen het Awb-besluit ten behoeve waarvan het bestuursorgaan de gegevens heeft verwerkt. Afgesloten wordt met een conclusie (par. 3.5).

1 Schlössels 2009, p. 24-25.

3.2 Uiteenlopende visies op de bestuurlijke gegevensverwerking

Voor het uitvoeren van bestuursrechtelijke wetten is het evident dat bestuursorganen moeten kunnen beschikken over persoonsgegevens van burgers.² Zonder deze gegevens kunnen zij immers geen besluiten nemen. Wie de Awb openslaat, komt daarin echter geen bepalingen tegen over de omgang met *persoonsgegevens*.³ Over de vraag of bestuursorganen gegevens van burgers mogen opvragen bij andere bestuursorganen, burgers of bedrijven, deze mogen verstrekken aan derden of ze kunnen hergebruiken voor andere doeleinden dan waarvoor ze oorspronkelijk zijn verzameld, spreekt deze wet dan ook niet. Sterker, het woord 'persoonsgegeven' als zodanig komt niet voor in de Awb. Waarom heeft de wetgever de normering van, en rechtsbescherming tegen, de verwerking van persoonsgegevens door bestuursorganen ten tijde van de codificatie van de Awb niet doordacht?

Vanwege de gescheiden bestudering van het gegevensbeschermingsrecht en bestuursrecht zijn er niet veel mensen die deze vraag kunnen beantwoorden. Een belangrijke uitzondering hierop vormt Michiel Scheltema. Als voorzitter van de Commissie Wetgeving algemene regels van bestuursrecht en regeringscommissaris voor het algemeen bestuursrecht was hij in de jaren tachtig en negentig nauw betrokken bij de codificatie van de Awb. Als secretaris van de Staatscommissie Koopmans stond hij in de jaren zeventig echter ook mede aan de wieg van het gegevensbeschermingsrecht. Volgens Scheltema werd gegevensbescherming tijdens de codificatie van de Awb in 1994 simpelweg niet gezien als een bestuursrechtelijk thema.⁴ De codificatie van de Awb was volgens hem primair gericht op het bestuursrecht, dat in de loop van de twintigste eeuw sterk was gefragmenteerd. De verschillende deelterreinen van dit recht, zoals het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht, hadden ieder hun eigen procesrechtelijke regels, waardoor bijvoorbeeld termijnen voor het instellen van bezwaar en beroep uiteenliepen.⁵ Ook waren de normen over de besluitvormingsprocedure nauwelijks gecodificeerd in wetgeving, maar vooral neergelegd in jurisprudentie. Deze fragmentatie indachtig, beoogde de wetgever met de codificatie van de Awb vooral het besluitvormingsrecht en procesrecht te harmoniseren. Dat werd gedaan door begrippen en procedures waarover een zekere mate van consensus bestond te uniformeren.⁶ Over het onderwerp 'gegevensbescherming' zou echter geen *communis opinio* bestaan. Bovendien was dit onderwerp vrij nieuw. Volgens Scheltema werd destijds weliswaar gereflecteerd op de vraag welke impact nieuwe technologieën, zoals computersystemen, hadden op besluitvormingsprocedures,⁷ maar leefde dit onderwerp niet echt in de bestuursrechtelijke wereld. Tot slot merkt Scheltema op dat ten tijde van de codificatie van de Awb er nog maar in beperkte mate digitale toepassingen in de publieke sector waren. Bij bestuurlijke gegevensverwerking dacht men niet aan kolossale gedigitaliseerde bestanden met informatie over burgers. Men had voor ogen dat de burger, wanneer deze een aanvraag deed, zelf via papieren formulieren zijn gegevens zou verstrekken aan een ambtenaar, waarna die na feitenonderzoek en wetstoepassing een besluit zou nemen en deze per post aan de burger

2 Van Eck 2018, p. 34; Schuurmans 2019, p. 58.

3 Deze paragraaf is deels gebaseerd op Çapkurt 2020, p. 181-194.

4 Çapkurt 2020, p. 185-186.

5 Polak 2019, p. 57.

6 *Kamerstukken II 1977/78*, 15046, nr. 3, p. 6; De Poorter 2017, p. 1-12.

7 Hirsch Ballin & Kamphuis 1985; Franken 1993; Snellen 1993.

zou sturen.⁸ Kortom: de Awb is primair geschreven met het oog op een *papieren* bestuur en een gerichte gegevensuitvraag bij de burger.

Opmerkelijk is dat aan de WPR uit 1989, die vijf jaar voor de codificatie van de Awb in werking trad, een fundamenteel andere visie op de aard van gegevensverwerking door het bestuur ten grondslag lag. Eind jaren zestig hadden technologische ontwikkelingen het al mogelijk gemaakt om persoonsregistraties binnen de overheid te automatiseren.⁹ Vanaf dat moment nam de automatisering een grote vlucht, met als gevolg dat alleen al in het jaar 1983 de rijksoverheid in totaal 457 miljoen gulden zou uitgeven aan de automatisering van informatiestromen.¹⁰ De WPR had oog voor deze ontwikkeling. Haar vertrekpunt was dat door het gebruik van 'moderne hulpmiddelen, waaronder computersystemen' de wijze waarop overheidsinstanties informatie verwerkten fundamenteel van aard was veranderd.¹¹ Deze systemen, zo stelde de wetgever al in 1981 blijkens de wetsgeschiedenis:

"verschaffen zo grote mogelijkheden tot opslag en verwerking van gegevens, dat reeds daardoor de vraag naar meer en meer specifieke informatie kan worden gewekt. In het oog springende eigenschappen van deze systemen zijn voorts de snelheid waarmee zij werken, hun vermogen tot ordenen, selecteren en het leggen van verbanden, de mogelijkheid om op grote schaal informatie te verkrijgen en een grotere kring van gebruikers, zo nodig op afstand, direct en zonder menselijke tussenkomst te bedienen."¹²

Sterker, geautomatiseerde informatieverwerking door de overheid was de directe aanleiding voor de codificatie van gegevensbeschermingsregels.¹³ De protesten tegen de verwerking van gegevens door de overheid voor de volkstelling van 1971 dwongen de wetgever zich te buigen over deze codificatievraag. Deze voorgeschiedenis was ook zichtbaar in de systematiek van de WPR. Voor de 'overheidssector' gold immers een zwaarder regime dan voor de private sector. In de wetsgeschiedenis stelde de wetgever dat dit verschil berustte:

"op het feit dat de informatievoorziening over personen bij de overheid en bij instellingen in de semi-publieke sector in het algemeen meer omvattend en indringender is dan het bedrijfs- en beroepsleven en bij overige instellingen. Overheid en instellingen in de semi-publieke sector hebben in tal van gevallen tot taak voor burgers diensten te verrichten (sociale zorg, sociale zekerheid, gezondheidszorg, onderwijs) of ten aanzien van burgers beslissingen te nemen die een ingrijpend karakter kunnen dragen (belastingen, dienstplicht, justitie). Voor een goede vervulling van die taken bestaat veelal behoefte aan gegevens van persoonlijke aard. Voorts vinden er door samenhang van taken, meer dan in het bedrijfs- en beroepsleven, verstrekkingen van persoonsgegevens plaats van de ene instantie aan de andere."¹⁴

Al met al kan worden gesteld dat twee wetten die ongeveer in dezelfde periode het codificatielicht zagen uiteenlopende visies hadden op de bestuurlijke omgang met gegevens. De WPR uit 1989 had een overheidsbestuur voor ogen dat voor het uitvoeren van publieke taken en beslissingen gebruikmaakte van moderne technieken zoals de computer. De Awb

8 Van Eck 2018, p. 33.

9 Commissie Simons 1968; Commissie Westerhout 1970.

10 Slaa 1985, p. 33.

11 Staatscommissie Koopmans 1974, p. 6. *Kamerstukken II* 1981/82, 17207, nr. 3, p. 4.

12 *Kamerstukken II* 1981/82, 17207, nr. 3, p. 4.

13 Berkvens 2004, p. 267.

14 *Kamerstukken II* 1984/85, 19095, nr. 3, p. 23.

uit 1994 had daarentegen een papieren bestuur voor ogen. Natuurlijk kan deze discrepantie achteraf gezien worden bekritiseerd. Men zou kunnen stellen dat de wetgever zich in de wetsgeschiedenis van de Awb ten minste rekenschap had moeten geven van de vraag hoe deze wet, en de hierin vervatte impliciete visie op de gegevenshuishouding van het bestuur, zich verhiel tot de WPR. Feit is echter dat dit niet is gebeurd. Desondanks is de constatering dat de Awb primair is geschreven voor een papieren bestuur waardevol. Zij maakt inzichtelijk dat ten tijde van de codificatie van de Awb de omgang met persoonsgegevens door bestuursorganen maar beperkt op de agenda stond, en verklaart waarom de wetgever de rechtsbescherming hiertegen destijds niet heeft doordacht.

3.3 De Awb en de bestuurlijke omgang met gegevens

3.3.1 Feitenvaststelling in het bestuursrecht

Dat in de Awb geen normen zijn opgenomen over de omgang met persoonsgegevens door het bestuur, kan al snel tot de conclusie leiden dat zij in het geheel geen oog heeft voor de bestuurlijke verwerking ervan. Die conclusie behoeft echter nuancering. De Awb bevat wél normen over de bestuurlijke omgang met *gegevens*, alleen staan deze nagenoeg volledig in het teken van de normering van besluitvormingsprocedures. Eerder is geconstateerd dat in de Awb het besluit centraal staat. Het bestuur kan pas een besluit nemen als de feiten die zijn bestuursbevoegdheid al dan niet activeren zijn vastgesteld. Het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb) en de gegevensverstrektingsplicht (art. 4:2, tweede lid, Awb) schrijven tezamen voor welke verantwoordelijkheid bestuur en burger dragen voor de inbreng van relevante feiten in de procedure. Wanneer het bestuur een besluit heeft genomen, kan er onenigheid bestaan over de wijze waarop het de feiten heeft vastgesteld. De feiten waarop het besluit stoelt kunnen dan in bezwaar en beroep ter discussie worden gesteld. Over de feitenvaststelling in de bezwaar- en beroepsfase zijn in de Awb verschillende normen opgenomen. Tot slot kan er aanleiding bestaan om in het kader van handhavingstoezicht de feiten die aan een besluit ten grondslag liggen te onderzoeken. Een toezichthouder controleert dan achteraf, wanneer een besluit formele rechtskracht heeft gekregen, of de wettelijke voorwaarden waaronder het is verleend nog in acht worden genomen.¹⁵ Ook dit toezicht wordt door de Awb genormeerd.

Hierna worden achtereenvolgens de normen uit de Awb die zien op de feitenvaststelling in de primaire besluitvormingsfase, de bezwaar- en beroepsfase en de handhavingfase geanalyseerd. Het doel van deze analyse is om inzichtelijk te maken hoe de Awb in deze drie fases de bestuurlijke gegevensverwerking in het kader van de vaststelling van feiten normeert. Daarbij wordt in het bijzonder stilgestaan bij de vraag of en, zo ja, in hoeverre

¹⁵ Belangrijk om op te merken is dat het bestuursrechtelijk toezicht op de naleving van wetgeving, als bedoeld in titel 5:2 Awb een ruimere reikwijdte heeft. Hiertoe behoren volgens Michiels, Blomberg en Jurgens 'onder meer de periodieke controles die de overheid uitvoert om op de diverse beleidsterreinen na te gaan in hoeverre de regels worden nageleefd, teneinde eventuele overtredingen te kunnen aanpakken, alsmede incidentele controles naar aanleiding van klachten en hercontroles om te bezien of eerder geconstateerde overtredingen zijn beëindigd of niet meer worden herhaald'. Zie hierover in detail Blomberg, Jurgens & Michiels, *Handhavingsrecht* (HSB) 2016, p. 15.

tegen dergelijke verwerkingen kan worden opgekomen via het klassiek besluitmodel (art. 7:1 jo. 8:1 Awb).

3.3.2 Feitenvaststelling in de primaire besluitvormingsprocedure

De Awb bevat verschillende regels die het feitenonderzoek in de besluitvormingsprocedure normeren.¹⁶ Zo geven de gegevensverstrekkingplicht van de burger (art. 4:2, tweede lid, Awb) en de onderzoeksplicht van het bestuur (art. 3:2 Awb) tezamen weer welke gegevens burger en bestuur moeten overleggen in de primaire besluitvormingsprocedure. In sommige bijzondere wetten zijn additionele normen opgenomen waarin wordt geëxpliciteerd wie welke gegevens moet inbrengen. Het verschilt per rechtsgebied hoe deze inbreng wordt genormeerd.¹⁷ Een en ander hangt af van de relevante bijzondere wet, de praktijk, de specifieke kenmerken van het desbetreffende terrein en de vraag of er sprake is van een ambtshalve besluit of een beslissing op aanvraag.¹⁸

Neem het socialezekerheidsrecht. Het openbaar bestuur geeft miljarden uit aan de uitvoering van socialezekerheidswetten. Bovendien heeft het bestuur een groot aantal persoonsgegevens nodig om deze wetten uit te voeren.¹⁹ In socialezekerheidswetten zijn doorgaans gedetailleerde plichten tot gegevensverstrekking voor de burger en ruime onderzoeksbevoegdheden voor het bestuur opgenomen, zodat zij over en weer weten welke gegevens ingebracht mogen worden in de procedure.²⁰ De Participatiewet is illustratief. Een college van B&W heeft een groot aantal persoonsgegevens nodig om een bijstandsaanvraag te beoordelen.²¹ De toekenning en hoogte ervan hangen immers af van de situatie van de aanvrager, waaronder zijn leeftijd en leefomstandigheden.²² Daarom moet de aanvrager tijdens de aanvraag én de periode waarin hij de uitkering ontvangt, het bestuur informeren over onder meer zijn inkomsten, bezittingen en woonsituatie. Op grond van artikel 17 Participatiewet is de bijstandsontvanger verplicht uit eigen beweging alle feiten en omstandigheden die zijn recht op bijstand kunnen beïnvloeden, te melden aan het college waarvan hij de bijstand ontvangt. Op grond van artikel 53a, zesde lid, Participatiewet kan het bestuur de juistheid en volledigheid van de verstrekte gegevens onderzoeken.

Idealiter schrijft wetgeving voor welke gegevens bestuur en burger moeten inbrengen in de primaire besluitvormingsprocedure, maar dit gebeurt lang niet altijd. Bij gebrek aan zulke regels moeten zij terugvallen op de algemene gegevensverstrekkingplicht van de burger en de onderzoeksplicht van het bestuur in de Awb. Over deze plichten is de afgelopen jaren de nodige jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen, vooral in de context van het bewijsrecht.²³ Dat behoeft geen verbazing, nu deze plichten bewijsrechtelijke implicaties hebben.²⁴ Tezamen bepalen zij immers de bewijslastverdeling tussen partijen in de primaire besluitvormingsfase, de bezwaarschriftprocedure en het proces bij de bestuursrechter. De jurisprudentie ziet vooral op de vraag of het bestuur de feiten zorgvuldig heeft vastgesteld. Wanneer iemand een aanvraag indient, of het bestuur ambtshalve een besluit neemt, dan

16 Schlössels 2009, p. 11. Zie ook Barkhuysen e.a. 2007, 15.

17 Schueler 2010, p. 175.

18 Barkhuysen e.a. 2007, p. 18.

19 Schuurmans 2019, p. 58.

20 Damen 2019, p. 307.

21 Zie hierover in detail Roozendaal 2017, p. 702-708.

22 Art. 9 en 18 Participatiewet.

23 Schuurmans 2005, p. 87-217; Barkhuysen e.a. 2007, p. 1-2.

24 Zie hierover in detail Schuurmans 2005, p. 37-80.

moeten zij feiten, in de vorm van controleerbaar en verifieerbaar bewijs, aandragen die de rechtsnorm activeren waarop een beroep wordt gedaan.²⁵ Vaak verschillen partijen echter van mening over de feitenvaststelling, wat leidt tot getwist over elkaars rechten en plichten.²⁶

De gegevensverstrekkingplicht van de burger

De meeste besluitvormingsprocedures vangen aan nadat een belanghebbende het bestuur verzoekt een besluit te nemen.²⁷ Dit verzoek is een aanvraag in de zin van artikel 1:3, derde lid, Awb. Vaak gaat het dan om een begunstigend besluit inzake de toekenning van een voorziening, zoals een uitkering, vergunning, subsidie of toeslag. Wanneer een burger hiervoor een aanvraag indient bij het bestuur, dan 'rust op hem in beginsel de verplichting zoveel mogelijk die gegevens over te leggen die het bestuur nodig heeft voor de beslissing'.²⁸ Deze gedachte is tot uitdrukking gebracht in artikel 4:2 Awb. Het schrijft op hoofdlijnen voor welke gegevens de aanvrager moet verstrekken aan het bestuur. Artikel 4:2, tweede lid, Awb verplicht de aanvrager 'gegevens en bescheiden te verschaffen die voor de beslissing op aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen'. Dit kunnen gegevens zijn die hem helpen om de aanvraag te onderbouwen.²⁹ Ook kan het gaan om gegevens die het bestuur nodig heeft om een goed beeld te krijgen van de belangen die hierbij betrokken zijn.³⁰ De gedachte achter deze gegevensverstrekkingplicht is dat het bestuur zo de hand kan leggen op informatie die het anders niet of moeilijker kan bemachtigen.³¹ Laat de aanvrager na de benodigde gegevens in de procedure in te brengen, of verstrekt hij onvoldoende gegevens, dan komt dat voor zijn risico. Het bestuur hoeft de aanvraag dan niet in behandeling te nemen.³² Zo gezien heeft in geval van een beslissing op aanvraag in eerste instantie de aanvrager regie over de inbreng van gegevens.³³

De gegevensverstrekkingplicht in artikel 4:2, tweede lid, Awb past binnen het concept van de wederkerige rechtsbetrekking dat aan de Awb ten grondslag ligt. Dit concept maakt inzichtelijk welke visie de wetgever ten tijde van de totstandkoming van de Awb had op de informatieverhouding tussen burger en bestuur. Bij dit concept wordt daarom kort stilgestaan. Het concept heeft als uitgangspunt dat de relatie tussen burger en bestuur gedurende de twintigste eeuw fundamenteel is veranderd. Aanvankelijk werd deze relatie gekenmerkt door een sterke eenzijdigheid. In de wetsgeschiedenis van de Awb stelt de wetgever dat dit beeld gedateerd is. Naar hun aard zijn burger en bestuur verschillende partijen, aangezien het bestuur het algemeen belang behartigt en de burger dat van hemzelf. Maar volgens de wetgever neemt dit niet weg dat zij in een wederkerige relatie staan en rekening moeten houden met elkaars positie en belangen.³⁴ Voor de burger schept het concept van de wederkerige rechtsbetrekking vooral informatiele verplichtingen. Zo wordt in de wetsgeschiedenis bij de eerste tranche van de Awb veelvuldig benadrukt dat hij in de eerste plaats verantwoordelijk is voor de inbreng van gegevens in de bestuurlijke procedure: '[d]e gegevens en soms ook deskundigheid van de burger zijn vaak onontbeerlijk voor de overheid om tot goede

25 Schlössels 2009, p. 16.

26 Schuurmans 2005, p. 13.

27 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 303.

28 PG Awb I, p. 205.

29 PG Awb I, p. 250-251.

30 PG Awb I, p. 238.

31 PG Awb I, p. 238.

32 Zie art. 4:5, eerste lid, onderdeel c, Awb.

33 PG Awb I, p. 204.

34 Laemers & De Groot 2007; PG Awb I.

besluitvorming te kunnen geraken.”³⁵ Voor zover de burger wenst dat een bestuursorgaan rekening houdt met zijn belangen, dient hij deze op geschikte wijze naar voren te brengen. Het bestuur kan immers pas rekening houden met de belangen van de burger wanneer hij zijn positie feitelijk inzichtelijk maakt. Bezien tegen deze achtergrond heeft de wetgever in de wetgeschiedenis van de Awb geconstateerd dat de verhouding tussen bestuur en burger gelijkwaardiger is geworden.³⁶ De idee van de wederkerige rechtsbetrekking is terug te voeren tot het VAR-preadvies van Michiel Scheltema uit 1975. “Juist het feit dat de staat een sterk verzorgingskarakter gaat krijgen”, zo overwoog hij, “brengt met zich mee dat het bestuur meer aandacht moet hebben voor de situatie waarin degene die verzorgd moet worden zich bevindt. Strikt eenzijdig overheidsoptreden zonder contact met de betrokkenen is dan slecht verdedigbaar.”³⁷ In die zin brengt het concept van de wederkerige rechtsbetrekking tot uitdrukking dat het bestuur pas de belangen van de burger in de besluitvorming kan betrekken wanneer het over zijn persoonsgegevens beschikt.³⁸

Al in de eerste jaren na de inwerkingtreding van de Awb is het belang van de wederkerige rechtsbetrekking door verschillende auteurs gerelativeerd, omdat het slecht verenigbaar zou zijn met de karakterisering van bestuur als de eenzijdige uitoefening van openbaar gezag ten opzichte van de burger.³⁹

De gegevensverstrekkingplicht van de burger wordt op twee manieren begrensd. De eerste begrenzing geeft artikel 4:2, tweede lid, Awb zelf. Het bestuur mag een aanvrager alleen verzoeken gegevens te verstrekken die voor het besluit noodzakelijk zijn. Dit betekent dat het geen gegevens mag opvragen die mogelijk nuttig zijn voor andere doeleinden, maar voor het besluit irrelevant zijn.⁴⁰ De gegevensverstrekkingplicht ziet enkel op ‘hetgeen voor een rechtens juiste beslissing relevant kan zijn’.⁴¹ Welke gegevens strikt relevant zijn voor een besluit op aanvraag, hangt in de praktijk af van de bijzondere wetgeving waaraan het bestuursorgaan zijn bestuursbevoegdheid ontleent. Op grond van artikel 4:2, tweede lid, Awb hoeft de aanvrager bovendien alleen gegevens te verstrekken waarover hij *redelijkerwijs* kan beschikken.⁴² Als hij niet over de benodigde gegevens beschikt, moet worden onderzocht of het redelijk is deze toch van hem te verlangen.⁴³ Er vindt dan een belangenafweging plaats: wanneer de aanvrager de gegevens eenvoudiger kan verkrijgen dan het bestuur, dan zal het op zijn weg liggen om ze in te brengen in de procedure.⁴⁴

35 PG Awb I, p. 41.

36 PG Awb I, p. 41.

37 Scheltema 1975a, p. 9. Zie in vergelijkbare zin: PG Awb I, p. 39. “Weliswaar is het bestuur in de eerste plaats gebonden aan de regels van de wetgever en aan de resultaten van de politieke besluitvorming, maar binnen die grenzen moet het ook rekening houden met de belangen van de bij de besluitvorming betrokken burger zoals die burger deze zelf ziet. Dit vergt een andere benadering van de burger, waarbij sprake is van een betere communicatie dan vroeger nodig werd geacht.”

38 Scheltema 1975b, p. 9-10.

39 Tot de critici behoren onder meer Bok 2000; Tak 2005; Schlössels & Zijlstra 2017; Teunissen 2019, p. 169.

Lubberdink en Gribnau staan hier positief tegenover: Lubberdink 1993, p. 137-138; Gribnau 1993, p. 87-95.

40 PG Awb I, p. 239.

41 PG Awb I, p. 239.

42 Schuurmans 2004, p. 214-216.

43 Schuurmans 2004, p. 22-23.

44 PG Awb I, p. 238-239.

De tweede begrenzing vloeit voort uit artikel 4:3, eerste lid, Awb. Een burger kan een gegevensverstrekking weigeren, als het belang ervan voor het besluit niet opweegt tegen het belang van de eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Wat onmiddellijk opvalt aan deze bepaling is dat de wetgever hierin een verbinding legt tussen de gegevensverstrekkingplicht en het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10, eerste lid, Gw). Doet een aanvrager een beroep op artikel 4:3, eerste lid, Awb, dan moet hij motiveren waarom de gegevensverstrekking zijn privacy aantast.⁴⁵ Het bestuur dient vervolgens een afweging te maken tussen 'het belang daarvan voor een goede besluitvorming en het belang van geheimhouding ervan tegenover bestuursorganen'.⁴⁶ Deze afweging kan twee kanten opgaan. Wanneer de gegevens van ondergeschikte betekenis zijn voor de besluitvorming, dan zullen deze vermoedelijk niet verstrekt hoeven te worden.⁴⁷ "[B]etreft het echter een gegeven dat weliswaar in de privacy sfeer ligt maar dat voor de besluitvorming onontbeerlijk is, bijvoorbeeld omdat het bestuursorgaan anders de aanvraag moet afwijzen, dan zal het belang van het verstrekken van de gegevens waarschijnlijk wel opwegen tegen het belang van de privacybescherming."⁴⁸ Vraagt een burger bijvoorbeeld een subsidie aan, zo stelt de wetgever, maar weigert deze informatie te verschaffen die het bestuur nodig heeft om te oordelen over de subsidieverlening, dan kan de aanvraag buiten behandeling worden gelaten. Dit voorbeeld uit de wetsgeschiedenis heeft zich voorgedaan in de zaak *Scouting St. Jan Baptist*.⁴⁹

Scouting St. Jan Baptist vraagt een subsidie aan bij het Heerlens college van B&W. Uit de Beleidsregel subsidiëring scouting 2016 volgt dat bij een subsidieaanvraag ook de gegevens van de leden van de scouting moeten worden verstrekt, zoals hun namen, geboortedata en woonplaatsen. De Scouting weigert deze over te leggen. Daarom neemt het college de aanvraag niet in behandeling. In hoger beroep toetst de Afdeling of de Scouting kan worden verplicht de ledenlijst te verstrekken. De Scouting stelt dat zij op basis van artikel 4:3, eerste lid, Awb deze gegevensverstrekking kan weigeren. Volgens haar heeft het college deze informatie niet nodig om te oordelen over de aanvraag. Tot slot zou het overleggen van deze lijst leiden tot een onevenredige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van haar leden. De Afdeling stelt echter dat de ledenlijst verstrekt moet worden, omdat hiermee kan worden vastgesteld hoeveel subsidiabele leden de Scouting heeft. Ook overweegt de Afdeling dat het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de leden van de Scouting niet opweegt tegen het belang van het college van B&W om over deze informatie te kunnen beschikken voor de subsidieaanvraag.⁵⁰

45 PG Awb I, p. 241.

46 PG Awb I, p. 240.

47 PG Awb I, p. 240.

48 PG Awb I, p. 240.

49 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1753 (*Scouting St. Jan Baptist*).

50 Zie in het verlengde daarvan het arrest HvJ EU 2 maart 2023, ECLI:EU:C:2023:145, r.o. 48-53 (*Norra Stockholm Bygg AB/Per Nycander AB*). Hierin verduidelijkt het Hof dat het recht op bescherming van persoonsgegevens en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer niet absoluut zijn. Deze rechten moeten telkens in relatie tot hun functie in de samenleving worden beschouwd. Tevens moeten zij conform het evenredigheidsbeginsel worden afgewogen tegen andere grondrechten, waaronder het recht op effectieve rechtsbescherming, zoals neergelegd in art. 47 EU-Grondrechtenhandvest. Dat neemt niet weg dat het bestuur verantwoordelijk blijft voor de naleving van de AVG wanneer het persoonsgegevens verwerkt in het kader van een rechterlijke procedure. Zie in dat verband: HvJ EU 8 december 2022, ECLI:EU:C:2022:967, r.o. 82 (*Inspektor v Inspektorata kam Visshia sadeben savet*). Zie hierover ook considerans 4 van de AVG.

Wanneer een aanvrager van een besluit met een beroep op artikel 4:3, eerste lid, Awb op goede gronden een gegevensverstrekking weigert, dan behoort het bestuur volgens de wetgever niet te proberen op andere wijze de gegevens te verkrijgen. Indien hij ten onrechte weigert de gegevens te verschaffen, 'dan is het juist dat het bestuursorgaan op grond van het feit dat onvoldoende gegevens voor handen zijn, de aanvraag afwijst, dan dat het langs andere weg tracht de gevraagde informatie te bemachtigen'.⁵¹ Als de aanvrager toch besluit om gegevens die zien op zijn persoonlijke levenssfeer te verstrekken aan het bestuur, dan kan hij met een beroep op artikel 2:5 Awb – over deze bepaling later meer – het bestuur verzoeken deze gegevens vertrouwelijk te behandelen.⁵² Het bestuur is dan verplicht tot geheimhouding ervan. De aanvrager kan geen beroep doen op artikel 4:3, eerste lid, Awb als de gegevensverstrekking wettelijk is verplicht.⁵³ Bij de totstandkoming van een dergelijk voorschrift is volgens de wetgever het belang van privacybescherming al in de afweging betrokken, 'doch is overwogen dat het belang van overlegging dient te prevaleren'.⁵⁴ Ook hier sluit de wetgever weer aan bij artikel 10 Gw. Volgens de grondwettelijke beperkingssystematiek kan het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer immers bij of krachtens de wet beperkt worden.

Artikel 4:3 Awb lijkt nauwelijks een rol te spelen in de praktijk. Een inventarisatie op www.rechtspraak.nl laat zien dat slechts negen (gepubliceerde) rechtszaken zijn gevoerd over de toepassing ervan.⁵⁵ In geen van deze zaken is overigens met succes de verstrekking van op de persoonlijke levenssfeer betrekking hebbende gegevens aan het bestuur geweigerd.⁵⁶

De zelfstandige onderzoeksplicht van het bestuursorgaan

Naast de burger draagt ook het bestuur een verantwoordelijkheid wanneer het gaat om de inbreng van gegevens in de primaire besluitvormingsprocedure. Dit vloeit voort uit het zorgvuldigheidsbeginsel dat deels is gecodificeerd in artikel 3:2 Awb.⁵⁷ Dit beginsel van behoorlijk bestuur vereist dat het bestuur bij de voorbereiding van een besluit uit eigen beweging de nodige kennis vergaart over de relevante feiten en de af te wegen belangen. Hierin ligt impliciet een algemene bevoegdheid voor het bestuur besloten om zelfstandig

51 PG Awb I, p. 241.

52 PG Awb I, p. 180-183 en 240.

53 Art. 4:3, tweede lid, Awb.

54 PG Awb I, p. 240.

55 In dat verband zijn de volgende zoektermen gehanteerd: 'eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer' en '4:3 Awb'.

56 ABRvS 7 januari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF3253 (*X/Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie*); ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1753 (*Scouting St. Jan Baptist*); CRvB 17 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4081 (*Herkomst kasstortingen bijstandsuitkering*); Rb. Amsterdam 17 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW2784 (*Verwerking biometrische gegevens paspoort II*); Rb. Amsterdam 17 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW2792 (*Verwerking biometrische gegevens paspoort III*); Rb. Arnhem 23 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU6314 (*Weigering gegevensverstrekking WAO-uitkering*); Rb. Maastricht 29 augustus 2011, ECLI:NL:RBMaa:2011:BT7650 (*Verwerking biometrische gegevens paspoort IV*); Rb. Maastricht 4 juli 2012, ECLI:NL:RBMaa:2012:BX2339 (*Verwerking biometrische gegevens paspoort I*); Rb. Rotterdam 7 februari 2022, ECLI:ML:RBROT:2022:878 (*Eisers/Minister voor Medische Zorg*).

57 PG Awb I, p. 200. Het zorgvuldigheidsbeginsel ziet op de voorbereiding van besluiten, de wijze van besluiten zelf en de inhoud van het besluit. Art. 3:2 Awb ziet op het eerste aspect van zorgvuldigheid, namelijk de zorgvuldigheid die het bestuur moet betrachten bij de voorbereiding van besluiten.

de feiten vast te stellen. Het zorgvuldigheidsbeginsel brengt grofweg twee bewijsrechtelijke taken voor het bestuur met zich mee.

Allereerst dient het bestuur de burger, wanneer hij een beschikking aanvraagt, te begeleiden bij het voldoen aan zijn gegevensverstrekkingplicht.⁵⁸ Voor een aanvrager is het namelijk niet altijd evident dat hij gegevens dient te verstrekken en, zo ja, welke. Daarom moet het bestuur, zowel bij de voorbereiding van een primair besluit of in bezwaar, de burger een helpende hand bieden.⁵⁹ Als de aanvrager bijvoorbeeld onvoldoende gegevens heeft verstrekt, dan vereisen het zorgvuldigheidsbeginsel en artikel 4:5 Awb dat het bestuur hem in staat stelt de aanvraag aan te vullen.⁶⁰

Ten tweede stelt het zorgvuldigheidsbeginsel eisen aan het feitenonderzoek van het bestuur.⁶¹ Deze eisen zijn in de literatuur al uitgebreid geanalyseerd en worden hier daarom enkel op hoofdlijnen toegelicht.⁶² Allereerst moet het bestuur ervoor zorgen dat het beschikt over de gegevens die nodig zijn voor het vaststellen van de feiten. Het dient in dat opzicht zelfstandig onderzoek te verrichten naar de feiten die voor zijn oordeelsvorming relevant kunnen zijn.⁶³ Feitelijke stellingen die het inneemt moet het kunnen motiveren aan de hand van concrete en verifieerbare gegevens. Tevens moet het bestuur een objectieve methode van onderzoek hanteren om de voor het besluit relevante feiten vast te stellen. Aan de hand van onderzoeksgegevens moet het aan de burger kunnen aantonen op welke wijze dit onderzoek heeft plaatsgevonden.⁶⁴ Voor hem moet duidelijk zijn welke methode van bewijsvergaring het bestuursorgaan heeft gehanteerd, zodat hij deze kan controleren. Dat geldt ook wanneer het bestuur voor de feitenvaststelling een adviseur heeft ingeschakeld.⁶⁵

Het zorgvuldigheidsbeginsel stelt tevens eisen aan de diepgang van het onderzoek.⁶⁶ Op voorhand valt niet te zeggen hoe diepgaand dit onderzoek moet zijn. Dit zal doorgaans afhangen van verschillende factoren, zoals de aard van de uit te oefenen bestuursbevoegdheid, de feiten die voor de rechtsvaststelling van het besluit van belang zijn en de vraag welke gegevens de burger zelf dient te verstrekken.⁶⁷ Tevens speelt mee of er sprake is van een besluit dat de positie van de belanghebbende negatief beïnvloedt. Dan stelt het zorgvuldigheidsbeginsel namelijk zwaardere eisen aan het feitenonderzoek. Ook ten aanzien van besluiten met een punitief karakter worden zwaardere eisen aan het onderzoek gesteld. Bij deze besluiten 'mag geen redelijke twijfel bestaan over de voorgevallen feiten'.⁶⁸ Wanneer het bestuur stelt dat de feiten voldoende overtuigend zijn vastgelegd en

58 Schuurmans 2005, p. 155.

59 Schuurmans 2005, p. 155-160.

60 ABRvS 30 maart 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT2800 (X/College van B&W Kessel).

61 Schuurmans 2005, p. 90-99.

62 Aldus Nicolai 1990, p. 332-338; Schuurmans 2005, p. 90-99 en 155-175; Damen 2019, p. 313-320.

63 Damen 2019, p. 313.

64 Schuurmans 2005, p. 91.

65 Zie afdeling 3.3. Awb en Schuurmans 2005, p. 91-92.

66 Schuurmans 2005, p. 95; Damen 2019, p. 318.

67 Damen 2019, p. 313.

68 Schuurmans 2005, p. 95.

voornemens is de aanvraag (deels) af te wijzen, dan vereist het zorgvuldigheidsbeginsel dat de belanghebbende hierop moet kunnen reageren en tegenbewijs moet kunnen leveren.⁶⁹

In de memorie van toelichting bij artikel 3:2 Awb wordt maar beperkt aandacht besteed aan de vraag welke informatiebronnen het bestuur mag raadplegen in het kader van feitenonderzoek. Mag het bijvoorbeeld gegevens over de belanghebbende opvragen bij andere bestuursorganen, burgers of private partijen? Of mogen eenmaal verkregen gegevens voor andere doeleinden, bijvoorbeeld andere besluitvormingstrajecten, worden gebruikt? In de toelichting komen deze vragen niet aan bod. Hierin stelt de wetgever enkel dat het 'onontbeerlijk is' dat het bestuur voor het nemen van Awb-besluiten beschikt over gegevens betreffende het individu, dat 'inlichtingen kunnen worden gevraagd aan andere overheidsorganen die wellicht betrokken zijn bij verwachte activiteiten van de aanvrager van een beschikking', en dat het bestuur er goed aan doet onderzoek te doen naar de juistheid van feiten die de aanvrager inbrengt in de procedure als deze omstreden zijn.⁷⁰ Kortom: de wetgever laat bijna volledig in het midden hoe het bestuur feitenonderzoek moet verrichten ten behoeve van een Awb-besluit en hoe het met eenmaal verzamelde gegevens dient om te gaan.⁷¹

Wél vloeit uit de geheimhoudingsplicht in artikel 2:5 Awb voort dat het bestuur niet zonder meer gegevens mag verstrekken aan derden. Eenieder die betrokken is bij de uitvoering van een publieke taak van het bestuur, en daarbij toegang verkrijgt tot gegevens waarvan hij het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet kennen, is in beginsel verplicht tot geheimhouding ervan. Onder deze geheimhoudingsplicht vallen zowel gegevens die een burger zelf aan het bestuur verstrekt onder vermelding dat deze vertrouwelijk moeten worden behandeld, alsook gegevens waarvan het bestuur zelf redelijkerwijs behoort te weten dat vertrouwelijkheid geboden is. Deze geheimhoudingsplicht geldt echter niet wanneer een wettelijk voorschrift tot mededeling van vertrouwelijke gegevens verplicht. Daarnaast moet het bestuur gegevens die in beginsel onder de geheimhoudingsverplichting vallen toch verstrekken aan derden als geheimhouding 'een goede uitvoering van de bestuurstaak' zou verhinderen.⁷²

3.3.3 Feitenvaststelling in bezwaar en beroep

Nadat het bestuur de feiten die relevant zijn voor een besluit heeft vastgesteld, moet het deze ook motiveren. Dit volgt uit artikel 3:46 en 3:47 Awb. In artikel 3:46 Awb is het beginsel van de *draagkrachtige* motivering gecodificeerd. Volgens dit beginsel moeten de *juiste* feiten zijn vastgesteld en moet de feitenvaststelling leiden tot het genomen besluit.⁷³ In artikel 3:47 Awb is het beginsel van de *kenbare* motivering neergelegd. Volgens dit beginsel dient het bestuur de gevolgde gedachtegang inzichtelijk te maken. Tevens moet de motivering van het besluit dusdanig zijn dat zij voor de belanghebbende in kwestie redelijkerwijs begrijpelijk is.

69 Schuurmans 2005, p. 98.

70 PG Awb I, p. 204.

71 Schuurmans 2017, p. 396.

72 PG Awb I, p. 180-183.

73 PG Awb I, p. 269.

Enkele algemene uitgangspunten over de feitenvaststelling in bezwaar en beroep

Wanneer het bestuur een primair besluit heeft genomen en dit heeft gemotiveerd kan de burger het oneens zijn met de feitenvaststelling die eraan ten grondslag ligt. Hij kan dan een bestuurlijke voorprocedure – vaak is dat een bezwaarschriftprocedure – starten. Het bestuursorgaan dient het besluit dan op grond van artikel 7:11, eerste lid, Awb volledig te heroverwegen. Deze heroverweging in bezwaar biedt aan het bestuur de ruimte om de feitenvaststelling opnieuw te beoordelen. In dat kader kunnen nieuwe feiten worden onderzocht. Tevens kunnen fouten uit het primaire besluit worden hersteld. Wél geldt daarbij dat de grondslag van het primaire besluit niet mag worden verlaten door de vernieuwde feitelijke onderbouwing van de beslissing in bezwaar.

Kan de burger zich niet verenigen met de feitenvaststelling van de beslissing op bezwaar, dan kan hij op grond van artikel 8:1 Awb beroep aantekenen bij de bestuursrechter. Die kan dan de feitenvaststelling toetsen. In hoofdstuk 6 wordt stilgestaan bij de reikwijdte van deze toetsing.⁷⁴ Voor nu volstaat het om op te merken dat de Awb aan de bestuursrechter verschillende bevoegdheden toekent waarmee hij de feiten die ten grondslag liggen aan het bestreden besluit kan onderzoeken. Zo kan hij deskundigen oproepen (art. 8:33 Awb), partijen verzoeken mondeling (art. 8:44 Awb) of schriftelijk (art. 8:45 Awb) inlichtingen te verstrekken, een onderzoek ter plaatse (laten) instellen (art. 8:50 jo. 8:51 Awb) en getuigen oproepen en horen (art. 8:60 Awb). Op grond van artikel 8:69, derde lid, Awb kan de bestuursrechter ook zelf de feiten aanvullen.⁷⁵ Dit is overigens geen plicht maar een bevoegdheid.

In de Awb zijn geen materiële regels van bewijsrecht opgenomen. In het bestuursrecht geldt namelijk de vrij-bewijsleer. De bestuursrechter heeft ‘de vrije hand in de vaststelling van de vereiste bewijsomvang, de verdeling van de bewijslast, de keuze van de bewijsmiddelen en in de bewijswaardering’.⁷⁶ Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever in de Awb bewust geen regels van bewijsrecht heeft opgenomen. Daartoe zou geen behoefte zijn nu de bestuursrechter zich zou opstellen als een actieve rechter die zelf op zoek gaat naar de materiële waarheid en, waar nodig, de ongelijkheid tussen burger en bestuur in het rechterlijk proces compenseert.⁷⁷ De bestuursrechter heeft volgens de wetgever “de mogelijkheid zijn attitude aan te passen aan de feitelijke verhouding tussen partijen in het concrete geval. Naarmate de ‘ongelijkheid’ tussen partijen groter is, zal er voor de rechter meer aanleiding kunnen zijn om van de hier bedoelde bevoegdheid gebruik te maken.”⁷⁸ Kortom: van de bestuursrechter wordt verwacht dat hij zelfstandig op zoek gaat naar de relevante feiten en deze vaststelt.

Op de zaak betrekking hebbende stukken en het leerstuk van bewijsuitsluiting

Hierboven zijn enkele algemene uitgangspunten over het feitenonderzoek in de bezwaar- en beroepsfase uiteengezet. Nu wordt iets uitvoeriger stilgestaan bij het leerstuk van bewijsuitsluiting en de bepalingen uit de Awb over de inbreng van op de zaak betrekking hebbende

⁷⁴ Paragraaf 6.2.

⁷⁵ Schlössels 2009, p. 35-36.

⁷⁶ Schuurmans 2005, p. 13.

⁷⁷ Gerbrandy 2012, p. 161. Zie ook PG Awb II, p. 174-175.

⁷⁸ PG Awb II, p. 464.

stukken. Beide zijn namelijk van bijzonder belang om te begrijpen hoe het bestuursrecht grenzen stelt aan de bestuurlijke omgang met gegevens in de bezwaar- en beroepsfase.

Een besluit moet deugdelijk en kenbaar gemotiveerd zijn. Maar daarmee is nog niet gezegd dat *alle* informatiebronnen die het bestuur in de besluitvormingsprocedure heeft kunnen raadplegen in het besluit in primo zijn opgenomen.⁷⁹ Vanuit het perspectief van het beginsel van wapengelijkheid – vaak omschreven als het beginsel van *equality of arms* – is het wenselijk dat de partijen die bij een geschil betrokken zijn – inclusief de rechter – toegang verkrijgen tot het gehele besluitvormingsdossier. Pas wanneer alle partijen over dezelfde informatie beschikken, kan een besluit immers adequaat gecontroleerd en getoetst worden. Met het oog hierop heeft de wetgever het bestuur verplicht om alle op de zaak betrekking hebbende stukken in bezwaar (art. 7:4, tweede lid, Awb) en beroep (art. 8:42, eerste lid, Awb) te verstrekken aan betrokken partijen.⁸⁰ Deze verplichting waarborgt dat een geschil over een besluit wordt beslecht op basis van alle gegevens waarover het bestuur heeft kunnen beschikken in de besluitvorming.⁸¹

Bezien tegen deze achtergrond rijst de vraag welke bescheiden kwalificeren als op de zaak betrekking hebbende stukken. De Awb expliciteert dit namelijk niet. In de memorie van toelichting wordt hierover slechts opgemerkt dat het bestuur *alle* stukken moet verstrekken. Dit kunnen rapporten en adviezen, maar ook beleidsnota's zijn.⁸² Bontje en Pietermaat constateren dat het voor belanghebbenden niet altijd duidelijk is wat een op de zaak betrekking hebbend stuk is. Het feit dat procesreglementen nauwelijks aandacht besteden aan deze vraag, vergroot volgens hen de onduidelijkheid. Bontje en Pietermaat concluderen dat partijen er 'in de basis op [moeten] vertrouwen dat het bestuursorgaan zich zorgvuldig van zijn taak kwijt en een volledig dossier indient'.⁸³

Zowel bestuursrechters als de belastingkamer van de Hoge Raad hebben zich meermaals gebogen over de vraag welke gegevens gelden als op de zaak betrekking hebbende stukken. Deze rechtspraak is elders uitvoerig geschreven.⁸⁴ Voor dit hoofdstuk is vooral een arrest van de Hoge Raad uit 2018 relevant.⁸⁵ Hierin formuleert hij een aantal vuistregels aan de hand waarvan moet worden bepaald of iets een op de zaak betrekking hebbend stuk is. Interessant is dat het arrest ziet op een digitaliseringskwestie, in het bijzonder de vraag of

79 Schuurmans 2009, p. 144.

80 In de bezwaarfase dienen de op de zaak betrekking hebbende stukken enkel te worden verstrekt aan de belanghebbende als het bestuur hem in de gelegenheid stelt te worden gehoord (art. 7:2 Awb). Op grond van art. 7:3 Awb kan het bestuur besluiten de belanghebbende niet te horen. Is dat het geval, dan hoeven de op de zaak betrekking hebbende stukken ook niet ter inzage worden gelegd.

81 HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672, r.o. 3.4.1 (*Reikwijdte op de zaak betrekking hebbende stukken*); PG Awb I, p. 338.

82 PG Awb I, p. 338-339.

83 Bontje & Pietermaat 2022, p. 245.

84 Daalder 2019, p. 17-38; Wolswinkel 2022, p. 199-202; Bontje & Pietermaat 2022, p. 246-252; PHR 25 september 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1081 (*Conclusie A-G IJzerman op de zaak betrekking hebbend stuk*).

85 HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:874 (*Reikwijdte artikel 8:42 Awb*).

persoonsgegevens die zijn opgenomen in een computersysteem – Microsoft Access – op de zaak betrekking hebbende stukken zijn die het bestuursorgaan moet overleggen.⁸⁶

De belanghebbende ontvangt in 2007 als gastouder inkomsten voor de opvang van zijn kleinkinderen. Hij geeft deze echter niet op in zijn belastingaangifte. De belastinginspecteur legt hem daarom een navorderingsaanslag op. Deze wordt gebaseerd op gegevens die afkomstig zijn uit een computerbestand van een ander onderdeel van de Belastingdienst, te weten Belastingdienst/Toeslagen. In dit bestand wordt bijgehouden welke toeslagaanvragen zijn gedaan en uitbetaald. Het bevat de persoonsgegevens van circa 70.000 burgers.

In cassatie onderzoekt de Hoge Raad hoe de verplichting om op de zaak betrekking hebbende stukken te verstrekken, moet worden toegepast in procedures waarin de inspecteur zijn beslissing baseert op gegevens die zijn verwerkt, bewaard en beheerd in een computersysteem.⁸⁷ Eerst formuleert de Hoge Raad vuistregels aan de hand waarvan moet worden bepaald of er sprake is van een op de zaak betrekking hebbend stuk.⁸⁸ Kort gezegd komen deze erop neer dat alle stukken die het bestuur ter beschikking staan of hebben gestaan en die van belang zijn voor de beslechting van het geschil, kwalificeren als op de zaak betrekking hebbende stukken. Ook stukken die aan het bestuur ter beschikking hebben gestaan, maar die niet zijn gebruikt voor de onderbouwing van het besluit, vormen op de zaak betrekking hebbende stukken. Wanneer een stuk passages bevat die op de zaak betrekking hebben, dan is het als geheel een op de zaak betrekking hebbend stuk. In dat geval moet het bestuur het stuk integraal overleggen.

Vervolgens past de Hoge Raad de vuistregels toe op situaties waarin het besluit (deels) is gebaseerd op gegevens die in computersystemen zijn verwerkt. Allereerst stelt hij dat de verplichting om de op de zaak betrekking hebbende stukken over te leggen niet is beperkt tot *papieren gegevens*. Ook elektronisch vastgelegde gegevens, zoals grafische weergaven en afbeeldingen, kunnen op de zaak betrekking hebbende stukken zijn. Maar softwareprogramma's en elektronische informatiesystemen zijn dan weer géén op de zaak betrekking hebbende stukken, omdat deze als zodanig geen op de zaak betrekking hebbende gegevens bevatten.⁸⁹ Wanneer zij echter gegevens bevatten die het bestuur heeft kunnen raadplegen voor het besluit, dan gelden zij wél als op de zaak betrekking hebbende stukken. Deze moeten dan op geschikte wijze aan de belanghebbende beschikbaar worden gesteld.

Wanneer een belanghebbende zich niet kan verenigen met de wijze waarop het bestuur in het primaire besluit de feiten heeft vastgesteld, dient hij deze te weerleggen.⁹⁰ Dit vereist bewijsvoering. Zo kan hij het standpunt innemen dat het bestuur in het feitenonderzoek rechtsregels heeft geschonden, met als gevolg dat het bewijs dat aan het primaire besluit ten grondslag ligt *onrechtmatig* zou zijn verkregen. In dat geval wordt het leerstuk van bewijsuitsluiting relevant. Op basis hiervan wordt bepaald of het bestuur onrechtmatig verkregen bewijs mag gebruiken. Ook dit leerstuk is ontwikkeld door de belastingkamer van de Hoge Raad.⁹¹ Deze heeft zich in 1992 gebogen over de vraag of *strafrechtelijk* verkregen onrechtmatig bewijs in bestuursrechtelijke procedures mag worden hergebruikt.⁹² Volgens de Hoge Raad bestaat er geen rechtsregel die ieder gebruik van strafrechtelijk onrechtmatig

86 HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672 (*Reikwijdte op de zaak betrekking hebbende stukken*).

87 HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672, r.o. 3.3 (*Reikwijdte op de zaak betrekking hebbende stukken*).

88 HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672, r.o. 3.4.2 (*Reikwijdte op de zaak betrekking hebbende stukken*).

89 HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672 (*Reikwijdte op de zaak betrekking hebbende stukken*).

90 Barkhuysen e.a. 2007, p. 18.

91 Zie over de achtergrond van dit leerstuk: Embregts 2003, p. 95-188; Schuurmans 2017, p. 389-390.

92 HR 1 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5028 (*Onrechtmatig verkregen strafrechtelijk bewijs I*).

verkregen bewijsmateriaal in belastingprocedures verbiedt.⁹³ In elke procedure dient de rechter zelfstandig te oordelen over de vraag of het onrechtmatig verkregen bewijs moet worden uitgesloten. Daarbij moet worden nagegaan of de geschonden rechtsnorm ertoe strekt de belanghebbende te beschermen (relativiteit). Is daarvan geen sprake, dan is het gebruik van strafrechtelijk verkregen onrechtmatig bewijs toegestaan. Ook moet de rechter beoordelen of het gebruik van dit bewijs in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Als het bestuur het bewijs ook op rechtmatige wijze had kunnen verkrijgen, dan is er geen sprake van een schending van deze beginselen (causaliteit). Maar wanneer het bewijs is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelend bestuur mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar is, volgt bewijsuitsluiting.

Het leerstuk van uitsluiting van *strafrechtelijk* verkregen onrechtmatig bewijs heeft door de jaren heen ook een *bestuursrechtelijke* component gekregen.⁹⁴ Zo wordt dit leerstuk gebruikt om te bepalen of bewijs dat een bestuursorgaan zelf onrechtmatig heeft verkregen, uitgesloten moet worden. Over het leerstuk van bestuursrechtelijk verkregen onrechtmatig bewijs bestaat echter tot op heden weinig theorievorming.⁹⁵ In een van de schaarse besprekingen van dit leerstuk brengt Schuurmans wel een aantal inzichten in kaart.⁹⁶ Zo constateert zij dat de bestuursrechter niet 'nauwgezet het rijtje van de belastingkamer van de Hoge Raad' naloopt, maar via toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel beoordeelt of het bestuur het bewijs mag gebruiken.⁹⁷ Volgens haar is echter onduidelijk of de bestuursrechter onrechtmatig verkregen bewijs al uitsluit als er sprake is van een eenvoudige schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, of dat bewijsuitsluiting pas plaatsvindt als bewijs is verkregen op een manier die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelend bestuur mag worden verwacht dat het gebruik ervan onder alle omstandigheden ontoelaatbaar is.⁹⁸ In dat verband signaleert Schuurmans dat in de praktijk het 'zozeer-indruist-criterium' doorgaans wordt ingekleurd door te toetsen of het bestuur in de bewijsvergaring in strijd met fundamentele rechten – bijvoorbeeld artikel 6 en 8 EVRM – heeft gehandeld.⁹⁹ Uit rechtspraakonderzoek leidt zij af dat de bestuursrechter de schending van een fundamenteel recht in de regel opvat als een ernstige rechtsinbreuk die zozeer indruist tegen hetgeen van een fatsoenlijke handelende overheid mag worden verwacht, dat bewijsuitsluiting gerechtvaardigd is.¹⁰⁰

3.3.4 Feitenvaststelling ná besluitverlening: het handhavingstoezicht

Tot slot de feitenvaststelling in het kader van handhavingstoezicht. In hoofdstuk vijf Awb staat het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften centraal. Dit toezicht wordt

93 HR 1 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5028, r.o. 3.2.2 (*Onrechtmatig verkregen strafrechtelijk bewijs I*).

94 Embregts 2003, p. 269-292; Schuurmans 2017, p. 391-392.

95 Schuurmans 2017, p. 391. Het proefschrift van Embregts vormt hierop een belangrijke uitzondering: Embregts 2003.

96 Schuurmans 2017, p. 391-399.

97 Schuurmans 2017, p. 391.

98 Schuurmans 2017, p. 391.

99 Schuurmans 2017, p. 392.

100 Schuurmans 2017, p. 394.

verricht door toezichthouders. Dat zijn op grond van artikel 5:11 Awb personen die bij of krachtens een wettelijk voorschrift belast zijn met het houden van toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften. In dat kader is van belang dat een toezichthouder een bestuursorgaan is in de zin van artikel 1:1, eerste lid, sub a, Awb. Een toezichthouder oefent immers publiekrechtelijke bevoegdheden uit en maakt deel uit van een publiekrechtelijke rechtspersoon.¹⁰¹ Dit betekent dat zijn handelen binnen de normering van de Awb valt, met als gevolg dat hierop de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn, voor zover de aard van de handeling zich hiertegen niet verzet.¹⁰² Dit handhavingstoezicht wordt meestal verricht door ambtenaren, al sluit artikel 5:11 Awb niet uit dat ook derden, zoals private partijen, dit kunnen doen.¹⁰³

Hoewel het begrip 'handhavingstoezicht' niet in de Awb is uitgewerkt, komt het wél voor in de wetsgeschiedenis van de Awb. Daarin wordt het omschreven als toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften die tot burgers zijn gericht.¹⁰⁴ Handhavingstoezicht vindt plaats zonder dat er sprake is van een vermeende overtreding. Het kan preventief worden ingezet om te voorkomen dat een 'met de wet strijdige situatie ontstaat' en zo te bewerkstelligen dat wettelijke voorschriften worden nageleefd.¹⁰⁵

Het *handhavingstoezicht* moet echter niet worden verward met *uitvoeringstoezicht*. Uitvoeringstoezicht ziet op handelingen die het bestuur verrichten om te controleren of is voldaan aan een wettelijke eisen die gelden voor het nemen van een besluit. Dit is dus onderzoek dat het bestuur op grond van artikel 3:2 Awb verricht vóórdat het een besluit in primo of op bezwaar neemt. Handhavingstoezicht vindt pas plaats nadat het besluit is genomen. Dit toezicht bestaat dan uit een controle achteraf door de toezichthouder of de wettelijke voorschriften op grond waarvan het besluit is genomen worden nageleefd.

Titel 5.2 Awb kent aan toezichthouders verschillende bevoegdheden toe om dit toezicht te kunnen verrichten. Waar in de fase van de primaire besluitvorming de Awb nauwelijks specificeert binnen welke kaders het bestuur het feitenonderzoek moet verrichten, doet zij dit wel voor het handhavingstoezicht. Zo kunnen toezichthouders iedere plaats betreden (art. 5:15 Awb), inlichtingen invorderen (art. 5:16 Awb), inzage vorderen in zakelijke gegevens en bescheiden (art. 5:17 Awb), zaken onderzoeken en daarvan monsters nemen (art. 5:18 Awb) en vervoersmiddelen onderzoeken (art. 5:19 Awb). De meeste bevoegdheden zien op het vorderen van gegevens, zogenaamde toezichtgegevens. Dat is ook niet vreemd, nu 'het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of een zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel

101 Blomberg, Jurgens & Michiels, *Handhavingsrecht (HSB)* 2016, p. 23.

102 Art. 3:1, tweede lid, Awb.

103 Dit kunnen bijvoorbeeld particuliere recherchebureaus zijn. Zie *Kamerstukken II* 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 77 en Schuurmans & Ranchordás 2016, p. 380. In de praktijk blijkt het verschil tussen handhavingstoezicht en uitvoeringstoezicht echter 'enigszins fluïde' te zijn, aldus Blomberg, Jurgens & Michiels, *Handhavingsrecht (HSB)* 2016, p. 18.

104 PG Awb III 1998, p. 335. Deze omschrijving is min of meer overgenomen in aanwijzing 5.35 van de Aanwijzingen voor de regelgeving: "De werkzaamheden die door of namens een bestuursorgaan worden verricht om na te gaan of voorschriften worden nageleefd, worden aangeduid als 'toezicht op de naleving' van die voorschriften."

105 PG Awb III 1998, p. 304.

naar aanleiding daarvan interveniëren' de kern van het handhavingstoezicht vormt.¹⁰⁶ Zonder deze gegevens kunnen toezichthouders immers niet toezien op de naleving van wettelijke voorschriften.

Vanuit het perspectief van de bestuurlijke omgang met gegevens zijn van bovengenoemde bevoegdheden die in artikel 5:16 en 5:17 Awb het meest relevant. Allereerst stellen zij toezichthouders in algemene zin in staat om gegevens te vorderen bij derden. Ten tweede heeft de wetgever in de toelichting bij deze bepalingen een verbinding gelegd tussen het bestuursrechtelijk handhavingsrecht en de WPR, de gegevensbeschermingswet die gold bij de inwerkingtreding van hoofdstuk vijf van de Awb.¹⁰⁷ Dit is een van de zeldzame passages uit de wetsgeschiedenis van de Awb waarin een brug wordt geslagen tussen beide rechtsgebieden. Hierna worden deze bepalingen nader geanalyseerd. In dat verband wordt stilgestaan bij de vraag in hoeverre via het klassiek besluitmodel kan worden geageerd tegen gegevensverwerkingen in het kader van handhavingstoezicht.

Informationele toezichtsbevoegdheden in titel 5.2 Awb

Op basis van artikel 5:16 Awb kan een toezichthouder inlichtingen vorderen. Degene die om inlichtingen wordt gevraagd, is op grond van artikel 5:20, eerste lid, Awb verplicht hieraan mee te werken.¹⁰⁸ Als hij onderworpen is aan een geheimhoudingsplicht, dan kan hij dit echter weigeren. Op verzoek van de Tweede Kamer heeft de wetgever zich gebogen over de wijze waarop de bevoegdheid inlichtingen te vorderen zich verhoudt tot de WPR. Het gegevensbeschermingsrecht zou volgens hem geen belemmering opwerpen voor het vorderen van dergelijke inlichtingen. Artikel 11, eerste lid, WPR, bepaalde namelijk dat gegevens uit persoonsregistraties aan derden – waaronder overheidsinstanties – mochten worden verstrekt, indien de verstrekking voortvloeide uit het doel van de registratie, plaatsvond met toestemming van de geregistreerde of kon worden gebaseerd op een wettelijk voorschrift.¹⁰⁹ Artikel 5:16 Awb kwalificeerde volgens de wetgever als een dergelijk voorschrift. In de toelichting valt te lezen dat toezichthouders bij het opslaan van gegevens die ze op deze wijze hadden verkregen zich dienden te houden aan de WPR, in het bijzonder artikel 18. Dit artikel bepaalde, kort gezegd, dat een persoonsregistratie alleen mocht worden aangelegd als dit noodzakelijk was voor de goede vervulling van publieke taken. Daarbij mochten alleen persoonsgegevens worden opgenomen 'die voor het doel van de registratie noodzakelijk zijn'.¹¹⁰

Dan artikel 5:17, eerste lid, Awb. Op grond hiervan is de toezichthouder bevoegd om inzage te vorderen in 'zakelijke gegevens en bescheiden'. Uit de memorie van toelichting bij artikel 5:17 Awb vloeit voort dat de wetgever bewust heeft gekozen voor de term 'gegevens'. Hij signaleert dat ondernemingen en particulieren steeds vaker hun administratie

106 *Kamerstukken II* 2005/06, 27831, nr. 15; Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2005, p. 7 en 10.

107 PG Awb III 1998, p. 335.

108 PG Awb III 1998, p. 344-345.

109 Art. 11, eerste lid, WPR, luidde als volgt: "Uit een persoonsregistratie worden slechts gegevens aan een derde verstrekt voor zover zulks voortvloeit uit het doel van de registratie, wordt vereist ingevolge een wettelijk voorschrift of geschiedt met toestemming van de geregistreerde."

110 Zie art. 17 en 18 WPR en PG Awb III 1998, p. 344-345.

vastleggen in elektronische bestanden. De term 'gegevens' in artikel 5:17 Awb moet volgens de wetgever zo worden begrepen dat daaronder ook elektronisch vastgelegde gegevens vallen.¹¹¹ Over deze overwegingen is een aantal vragen gesteld tijdens de parlementaire behandeling van artikel 5:17 Awb. Zo is opgemerkt dat in verschillende wetten in formele zin een uitdrukkelijke grondslag is opgenomen voor het onderzoeken van geautomatiseerde gegevensbestanden in het kader van toezicht.¹¹² In dat verband is ook opgemerkt dat gelijk-tijdig aan de codificatie van de derde tranche van de Awb, het Wetboek van Strafvordering is aangevuld met op het geautomatiseerde tijdperk toegesneden onderzoeksbevoegdheden. Daarbij rees de vraag of de wetgever ook in het bestuursrechtelijk handhavingsrecht niet meer waarborgen zou moeten incorporeren met het oog op de voortschrijdende automatisering. Het antwoord op deze vraag schoof de wetgever echter voor zich uit. Hij stelde voor te wachten op de evaluatie van de Awb om te bezien of daadwerkelijk aanleiding bestond om op dit punt veranderingen door te voeren.¹¹³

Op grond van artikel 5:17 Awb kan een toezichthouder alleen zakelijke gegevens en bescheiden vorderen. Maar wat dient hieronder te worden verstaan? De wetgever is hierover ambigu. Enerzijds stelt hij in de toelichting dat de term 'zakelijke gegevens' impliceert dat het gaat om gegevens die worden gebruikt ten dienste van het maatschappelijk verkeer. Dit betekent dat een toezichthouder niet bevoegd is inzage te vorderen in 'gegevens en bescheiden van persoonlijke aard'.¹¹⁴ Dergelijke gegevens mogen namelijk 'in het kader van een opsporingsonderzoek slechts worden ingezien volgens de daarvoor geldende algemene regels van het Wetboek van Strafvordering'.¹¹⁵ Deze passage uit de wetsgeschiedenis impliceert dat toezichthouders niet zonder meer persoonsgegevens mogen vorderen voor toezichtsdoeleinden. Anderzijds stelt de wetgever 'ter voorkoming van een misverstand' echter dat gegevens die zijn opgenomen in een 'persoonsregistratie een zakelijk karakter kunnen hebben'.¹¹⁶ Deze passage kan zo worden begrepen, dat op grond van artikel 5:17, eerste lid, Awb persoonsgegevens wel kunnen worden gevorderd. Door deze ambivalentie is de reikwijdte van het begrip 'zakelijke gegevens en bescheiden' lang onduidelijk gebleven. Pas twintig jaar na de inwerkingtreding van artikel 5:17 Awb is in *DUO/Translink* hierover helderheid geboden.¹¹⁷

Een toezichthouder van DUO vraagt de reisgegevens van eiser op bij Translink, het bedrijf dat de OV-chipkaart exploiteert. Met deze in- en uitcheckgegevens controleert hij of eiser inderdaad uitwonend is en recht heeft op een studiefinancieringsbeurs voor uitwonende studenten. In dit geschil staat onder meer de vraag centraal of de toezichthouder de reisgegevens rechtmatig heeft verkregen van Translink. De CRvB oordeelt bevestigend. Eerst stelt hij, verwijzend naar de wetsgeschiedenis van hoofdstuk 5 Awb, dat gegevens die zijn opgenomen in persoonsregistraties een zakelijk karakter kunnen hebben. Daarna overweegt hij dat Translink de reisgegevens van eiser verwerkt ten dienste van het maatschappelijke verkeer, waaronder het faciliteren van betalingen van eiser en het verlenen van klantenservice. Op grond hiervan leidt hij af dat de reisgegevens, die persoonsgegevens in gegevensbeschermingsrechtelijke

111 PG Awb III 1998, p. 345.

112 PG Awb III 1998, p. 331.

113 PG Awb III 1998, p. 332.

114 PG Awb III 1998, p. 346.

115 PG Awb III 1998, p. 345.

116 PG Awb III 1998, p. 346.

117 CRvB 8 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269, r.o. 5.6.3 (*DUO/Translink*).

zin vormen, ook zakelijke gegevens als bedoeld in artikel 5:17 Awb zijn. Deze bepaling biedt aan de toezichthouder voldoende grond om reisgegevens van Translink te vorderen.¹¹⁸

Op basis van artikel 5:20, eerste lid, Awb is eenieder verplicht aan de toezichthouder desgevraagd zijn medewerking te verlenen. Dit betekent dat toezichthouders van eenieder inlichtingen, zakelijke gegevens en bescheiden kunnen vorderen. Deze medewerkingsplicht wordt ruim opgevat: zij geldt niet alleen voor de normadressaat van het handhavingstoezicht, maar ook voor personen en derden op wie het toezicht geen betrekking heeft.¹¹⁹

De bevoegdheid van toezichthouders om op grond van artikel 5:16 en 5:17 Awb informatie te vorderen, kent verschillende begrenzingsen. Een eerste begrenzing volgt uit artikel 5:20, tweede lid, Awb. Op grond van dit artikel geldt de medewerkingsplicht niet voor personen die uit hoofde van hun ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding. De tweede begrenzing is te vinden in het taakvervullingscriterium dat is neergelegd in artikel 5:13 Awb. Op grond hiervan mag een toezichthouder zijn bevoegdheden alleen gebruiken voor zover dat redelijkerwijs nodig is voor de vervulling van zijn taak.¹²⁰ Uit het taakvervullingscriterium vloeit voort dat het toezicht niet verder mag gaan dan hetgeen redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitvoering van de toezichtstaak en dat het toezicht op de voor de burger minst belastende wijze dient te worden uitgeoefend.¹²¹ Het criterium begrenst het bestuursrechtelijk handhavingstoezicht zowel naar subject als naar object. De toezichthouder mag zijn bevoegdheid enkel uitoefenen jegens personen (subjecten) die betrokken zijn bij activiteiten waarop hij toeziet.¹²² De vraag of een persoon betrokken is bij een activiteit waarop de toezichthouder toeziet, is afhankelijk van de regeling die de basis vormt voor het toezicht. Daarnaast mag de toezichthouder geen gegevens of bescheiden vorderen indien deze geen verband houden met de wettelijke voorschriften waarop het toezicht betrekking heeft.¹²³

Naast het taakvervullingscriterium wordt de inzet van toezichtsbevoegdheden ook begrensd door de beginselen van behoorlijk bestuur uit hoofdstuk 2 en 3 Awb, zoals de geheimhoudingsplicht (art. 2:5 Awb), het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb) en het verbod van détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb). Bezien tegen deze achtergrond, kan de vraag worden gesteld waarom de wetgever het noodzakelijk heeft geacht om het taakvervullingscriterium in titel 5:2 Awb te codificeren. In artikel 3:4, tweede lid, Awb is het evenredigheidsbeginsel immers al neergelegd. Uit de memorie van toelichting blijkt echter dat de wetgever eventuele twijfel over de toepasselijkheid van het evenredigheidsbeginsel op de uitoefening van handhavingstoezicht met het taakvervullingscriterium heeft willen wegnemen. Ook heeft hij codificatie ervan noodzakelijk geacht wegens de aard van het handhavingstoezicht. Aangezien het gaat om 'feitelijk handelen dat rechtstreeks ingrijpt in

118 CRvB 8 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269, r.o. 5.6.1-5.6.4. (*DUO/Translink*).

119 23 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA3041, r.o. 2.3 (*Difotrust*); Blomberg, Jurgens & Michiels, *Handhavingsrecht (HSB)* 2016, p. 39-40.

120 Toezichtshandelingen worden zo onderworpen aan de beginselen van evenredigheid en subsidiariteit. Zie hierover PG Awb III 1998, p. 337-338.

121 PG Awb III 1998, p. 337; Blomberg, Jurgens & Michiels, *Handhavingsrecht (HSB)* 2016, p. 42.

122 PG Awb III 1998, p. 337. Daarmee begrenst het taakvervullingscriterium de eerder besproken medewerkingsplicht in art. 5:20, eerste lid, Awb.

123 *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, nr. 3, p. 141.

de persoonlijke levenssfeer van de burger' zou een 'zekere aanscherping van die algemene norm' op zijn plaats zijn.¹²⁴ De wetgever zag het echter niet zitten om – zoals leden van de Tweede Kamer hadden gesuggereerd – het motiveringsbeginsel voor alle vormen van toezichtsuitoefening vast te leggen in de Awb.¹²⁵ “Een algemene wettelijke verplichting tot het motiveren van toezichtshandelingen”, zo stelde hij, “gaat, net als voor elk ander feitelijk handelen, te ver.”¹²⁶ Het motiveringsbeginsel is immers toegesneden op *besluiten* en niet op *feitelijk handelen*.¹²⁷

Hoe staat het met de organisatie van rechtsbescherming tegen de verwerking van persoonsgegevens in het kader van handhavingstoezicht? Redenerend vanuit de systematiek van de Awb levert het vorderen van inlichtingen, zakelijke gegevens en bescheiden als zodanig geen besluit in de zin van artikel 1:3 Awb op waartegen via het klassiek besluitmodel kan worden opgekomen.¹²⁸ Daarom kunnen hiertegen geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen worden aangewend.¹²⁹ De rechtmatigheid ervan kan pas in een bestuursrechtelijke procedure aan de orde worden gesteld als zij een rol hebben gespeeld in een handavingsbesluit, zoals een besluit ter oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang.¹³⁰ Wel kan een feitelijke toezichtshandeling aan de civiele rechter worden voorgelegd in een onrechtmatigedadaatsactie. Een rechtzoekende kan dan bijvoorbeeld een verbod op verdere toezichtshandelingen vorderen. Michiels, Blomberg en Jurgens constateren dat de civiele rechter zich in dergelijke zaken doorgaans terughoudend opstelt, ‘onder meer omdat het uiteindelijke oordeel over de rechtmatigheid van de op basis van het toezicht opgelegde sanctie aan de bestuursrechter is’.¹³¹

3.3.5 Synthese

De Awb bevat geen normen over de verwerking van persoonsgegevens door bestuursorganen. Dat wil echter niet zeggen dat zij in het geheel geen oog heeft voor de bestuurlijke verwerking van dergelijke gegevens. Wanneer het bestuur, op aanvraag dan wel ambtshalve, een besluit neemt waarvan een natuurlijke persoon de normadressaat is, dan dient het onvermijdelijk persoonsgegevens te verwerken. Het concept van de wederkerige rechtsbetrekking, dat aan de Awb ten grondslag ligt, brengt dit tot uitdrukking. Normering van bestuurlijke gegevensverwerkingen vindt enkel plaats voor zover zij onderdeel uitmaken van de feitenvaststelling van een Awb-besluit. De Awb is namelijk in essentie een besluitwet. Als gevolg hiervan heeft zij vooral oog voor bestuurlijke gegevensverwerkingen

124 PG Awb III 1998, p. 337-339.

125 PG Awb III 1998, p. 331.

126 PG Awb III 1998, p. 332.

127 PG Awb III 1998, p. 332.

128 “Weliswaar hebben toezichtsvorderingen, zoals de vordering om inlichtingen te verstrekken, als gevolg dat de medewerkingsplicht in werking treedt, maar omdat het rechtstreeks uit de wet voortvloeit en dat rechtsgevolg dus niet wordt beoogd, is geen sprake van een rechtshandeling en derhalve is zo'n vordering geen besluit waartegen beroep bij de bestuursrechter openstaat”, aldus Commissie Schueler 2023, p. 77.

129 Zie ter illustratie: CBB 29 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:455 (*Toezicht slachthuizen*); Rb. Zwolle-Leystad 27 november 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BL0326 (*Eiseres/College van B&W Olst-Wijhe*).

130 Blomberg, Jurgens & Michiels, *Handhavingsrecht (HSB)* 2016, p. 51.

131 Blomberg, Jurgens & Michiels, *Handhavingsrecht (HSB)* 2016, p. 51. Zie in vergelijkbare zin: Commissie Schueler 2023, p. 77.

die *feiten* opleveren waaraan bestuursrechtelijke rechtsgevolgen verbonden zijn. Dit zijn de feiten 'waarvan het bestaan of niet bestaan bepalend is voor het activeren van de bestuursbevoegdheid waarop het besluit is gebaseerd'.¹³²

Om te kunnen begrijpen hoe de Awb de bestuurlijke gegevensverwerking die onderdeel uitmaakt van een besluit normeert, moeten aldus de regels over feitenvaststelling in de primaire besluitvormingsfase onder de loep worden genomen. Deze regels zijn te vinden in hoofdstuk 3 en 4 Awb, waarin algemene bepalingen over de voorbereiding van besluiten zijn neergelegd. Artikel 3:2 en 4:2, tweede lid, Awb, spelen in dit verband een cruciale rol. Hieruit volgt dat de burger en het bestuur tezamen verantwoordelijk zijn voor de inbreng van gegevens in de primaire besluitvormingsprocedure. Het bestuur draagt echter de eindverantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling van het besluit in primo. Krachtens het zorgvuldigheidsbeginsel dient het bestuur immers *zelfstandig* de feiten te onderzoeken die zijn bestuursbevoegdheid al dan niet activeren. Op grond van het motiveringsbeginsel (art. 3:46 en 3:47 Awb) dient het bestuur in het primaire besluit de feitenvaststelling die hieraan ten grondslag ligt – en daarmee ook de gegevensverwerking die ten behoeve hiervan is verricht – inzichtelijk te maken.

Het voorgaande werkt door in de organisatie van rechtsbescherming tegen bestuurlijke gegevensverwerkingen die verband houden met een besluit. Naar de systematiek van de Awb kan tegen dergelijke verwerkingen niet zelfstandig bezwaar en beroep worden ingesteld, nu zij kwalificeren als feitelijke handelingen. Op grond van artikel 8:1 en 7:1 Awb, kan immers alleen bezwaar en beroep worden ingesteld tegen een besluit. Wil een burger tegen de bestuurlijke gegevensverwerking die verband houdt met een Awb-besluit opkomen, dan moet hij dat doen op grond van het besluit ten behoeve waarvan de gegevens zijn verwerkt. Wanneer hij tegen dit besluit bezwaar of beroep instelt, kan hij het standpunt innemen dat de gegevens die het bestuur aan dit besluit ten grondslag heeft gelegd – het bewijsmateriaal op basis waarvan de feitenvaststelling heeft plaatsgevonden – onrechtmatig zijn verkregen. Kortom: tegen de bestuurlijke gegevensverwerking die deel uitmaakt van de feitenvaststelling van een primair besluit kan middels het klassiek besluitmodel worden gageerd.

Dit gegeven komt ook tot uitdrukking in hoofdstuk 5 Awb. In dat hoofdstuk zijn normen neergelegd over het onderzoek dat toezichthouders kunnen verrichten om toe te zien op de naleving van wetgeving. Nadat een besluit formele rechtskracht heeft gekregen, kunnen zij controleren of de wettelijke voorwaarden waaronder het is verleend in acht worden genomen. Ten behoeve van deze controle kunnen op grond van artikel 5:16 en 5:17 Awb inlichtingen, zakelijke gegevens en bescheiden worden gevorderd. De wetgever heeft zich blijkens de wetsgeschiedenis gerealiseerd dat zulk feitelijk handelen van toezichthouders 'rechtstreeks ingrijpt in de persoonlijke levenssfeer van de burger'. In titel 5.2 Awb wordt het dan ook nadrukkelijk begrensd. De verwerking van toezichtgegevens, met inbegrip van persoonsgegevens, geldt bestuursrechtelijk echter als een feitelijke handeling en is daarom als zodanig niet appellabel. Enkel wanneer de verwerking van persoonsgegevens door de toezichthouder in de handhavingsfase deel uitmaakt van de feitenvaststelling van

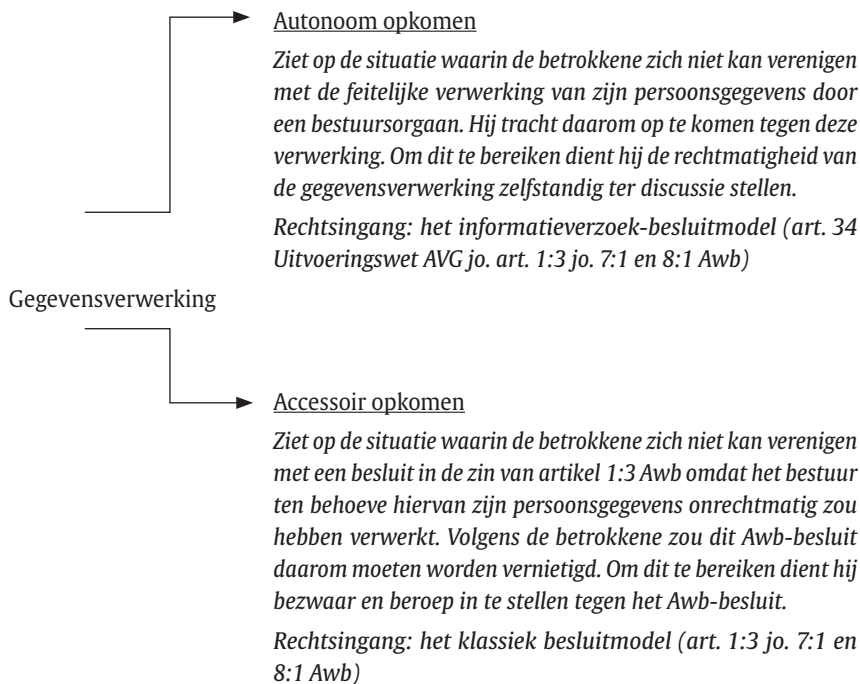
¹³² Schlössels 2009, p. 24-25.

een handhavingsbesluit, kan de rechtmatigheid ervan middels het klassiek besluitmodel in bezwaar en beroep ter discussie worden gesteld.

3.4 Een typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking

3.4.1 Accessoir en autonoom opkomen

Wat betekent het voorgaande voor de wijze waarop een betrokkene krachtens het bestuursrecht toegang tot rechtsbescherming kan verkrijgen om op te komen tegen de verwerking van zijn persoonsgegevens door een bestuursorgaan? Om dit te bepalen dient zowel de systematiek van de Awb als die van de Uitvoeringswet AVG in ogenschouw te worden genomen. In dit kader kan een conceptueel onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties: die waarin de betrokkene *autonoom* opkomt tegen de bestuurlijke gegevensverwerking en die waarin hij dat *accessoir* doet.



3.4.2 Autonoom opkomen

Autonoom opkomen ziet op de situatie waarin een betrokkene de rechtmatigheid van een op hem betrekking hebbende verwerking *zelfstandig* ter discussie tracht te stellen. Bestuursorganen verwerken als gezegd voor verschillende doeleinden persoonsgegevens, bijvoorbeeld ter uitvoering van publieke taken.¹³³ Voorbeelden zijn het verzamelen van gegevens via een gepersonaliseerde afvalpas voor de gemeentelijke afvalinzameling of het

¹³³ Werkgroep Verkenning kaderwet gegevensuitwisseling 2014, p. 27.

monitoren van effecten van gemeentelijke investeringen aan de hand van wifimetingen.¹³⁴ Bestuursorganen verwerken ook gezamenlijk gegevens binnen samenwerkingsverbanden waaraan soms zelfs private partijen deelnemen. Dergelijke verbanden worden onder meer opgericht om ondermijnende criminaliteit en stelselmatige fraude te bestrijden.¹³⁵ Wanneer een bestuursorgaan bijvoorbeeld persoonsgegevens verwerkt ter uitvoering van publieke taken of binnen samenwerkingsverbanden, dan geldt dit als een feitelijke bestuurshandeling. Uit het transparantiebeginsel (art. 5, eerste lid, AVG) en de AVG-informatieverstrekkingsplichten (art. 13 en 14 AVG) volgt dat het bestuur in beginsel de betrokkene moet informeren over dergelijke feitelijke gegevensverwerkingen.¹³⁶

Wanneer een betrokkene de rechtmatigheid van deze verwerking zelfstandig aan de kaak tracht te stellen, dan kan hij via het informatieverzoek-besluitmodel toegang tot rechtsbescherming verkrijgen. Het feit dat de handeling waartegen hij adieert als zodanig geen Awb-besluit vormt, is in dit geval geen beletsel. Zoals uit het vorige hoofdstuk is gebleken, is in artikel 34 Uitvoeringswet AVG een strategisch besluitbegrip gecreëerd voor het gegevensbeschermingsrecht. Op basis daarvan kan een betrokkene in theorie tegen iedere feitelijke verwerking van zijn gegevens door een bestuursorgaan via het bestuursrecht opkomen, ongeacht in welke context deze heeft plaatsgevonden.¹³⁷ De reactie op zijn informatieverzoek geldt immers als een appellabel besluit van een bestuursorgaan. Hiertegen kan de betrokkene, als belanghebbende, bezwaar aantekenen. In de bezwaar- en beroepsfase kan hij dan de vraag of de bestuurlijke gegevensverwerking in lijn is met het Europees gegevensbeschermingsrecht aan de orde stellen. De uitspraak *Treiteraankpak III* is hiervoor illustratief.¹³⁸

De gemeente Amsterdam beoogt aan de hand van de *Treiteraankpak* intimidatie in de woon- en werkomgeving aan te pakken. In het kader van deze aanpak wordt informatie uitgewisseld tussen een groot aantal partijen, waaronder de burgemeester van Amsterdam, de hoofdofficier van het arrondissementsparket Amsterdam, de politiefchef van de regionale eenheid Amsterdam namens de korpschef van de politie, zes woningstichtingen, bureau Jeugdzorg Agglomeratie Amsterdam en de William Schrikker Groep. De persoonsgegevens van de betrokkene zijn in de *Treiteraankpak* verwerkt. Met een beroep op artikel 34 Uitvoeringswet AVG en artikel 17 AVG heeft hij de rechtmatigheid van deze verwerking ter discussie gesteld. Zowel in bezwaar als beroep is de rechtmatigheid ervan aan bod gekomen. De bestuursrechter heeft geoordeeld dat de gegevensverwerking rechtmatig is.

134 ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1420 (*Arnhemse afvalpas – handhavingszaak*); Autoriteit Persoonsgegevens, 'Besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete, college van B&W Enschede', 11 maart 2021.

135 Beijer 2020, p. 307-315. In juni 2024 is de Wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden (Wgs) aangenomen.

136 In beginsel, want het transparantiebeginsel is, als gezegd, niet absoluut. Zie hierover in detail paragraaf 2.3.1.

137 Dit neemt niet weg dat zich in de praktijk (procedurele) knelpunten in de toepassing van dit model kunnen voordoen, waardoor de betrokkene via het informatieverzoek-besluitmodel deze toegang lang niet altijd kan verkrijgen. Deze knelpunten worden toegelicht in hoofdstuk 5 en 6.

138 Rb. Amsterdam 13 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1934 (*Treiteraankpak III*). Deze uitspraak komt uitgebreid aan bod in paragraaf 5.4.2.2.

3.4.3 Accessoir opkomen

Een betrokkene kan in sommige gevallen ook accessoir opkomen tegen een bestuurlijke gegevensverwerking. In dit geval kan hij zich niet verenigen met een Awb-besluit (denk aan de stopzetting van een uitkering of toeslag) omdat het bestuur ten behoeve hiervan zijn persoonsgegevens onrechtmatig heeft verwerkt. In dat geval kan de betrokkene via het klassiek besluitmodel tegen zowel het besluit als de gegevensverwerking die hiervan deel uitmaakt opkomen. Eerder is gebleken dat het bestuur op grond van artikel 3:2 Awb bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis moet vergaren over de relevante feiten en de af te wegen belangen. Wanneer het besluit is gericht tot een natuurlijke persoon, zullen ten behoeve van dit feitenonderzoek ook persoonsgegevens worden verwerkt. Wanneer deze bestuurlijke gegevensverwerking een *feit* oplevert dat de vaststelling van een Awb-besluit ondersteunt, dan geldt zij als een *bevoegdheidsactiverend feit* waaraan in bestuursrechtelijke zin rechtsgevolgen zijn verbonden. Met andere woorden: de verwerking levert bewijsmateriaal op met directe relevantie voor de feitenvaststelling van een Awb-besluit. In dit geval bestaat er een directe verwantschap tussen de verwerking en het Awb-besluit. De verwerking is aldus *accessoir* aan het Awb-besluit. Dan volgt uit zowel bestuursrechtelijke als gegevensbeschermingsrechtelijke normen dat de betrokkene in beginsel over de verwerking moet worden geïnformeerd.¹³⁹ Wat betreft het bestuursrecht dient hierbij te worden gewezen op het zorgvuldigheidsbeginsel in artikel 3:2 Awb en het motiveringsbeginsel in artikel 3:46 en 3:47 Awb. Ten aanzien van het gegevensbeschermingsrecht zijn het transparantiebeginsel in artikel 5, eerste lid, AVG en de informatieverstrekkingsplichten in artikel 13 en 14 AVG van belang.¹⁴⁰

Wanneer de betrokkene zich niet kan verenigen met een Awb-besluit omdat ten behoeve hiervan zijn gegevens onrechtmatig zijn verwerkt, dan kan hij via het klassiek besluitmodel de rechtmatigheid van zowel de gegevensverwerking als het besluit in bezwaar en beroep aanvechten. Uit het zorgvuldigheidsbeginsel en motiveringsbeginsel volgt dat over deze verwerking in het besluit in primo verantwoording moet worden afgelegd. Het zorgvuldigheidsbeginsel draagt het bestuur op de feiten zo concreet en nauwkeurig mogelijk te beschrijven en de belanghebbende te helpen bij de levering van tegenbewijs. Het motiveringsbeginsel brengt met zich mee dat de feiten die hebben geleid tot het besluit deugdelijk gemotiveerd moeten worden. Zo kan de gedachtegang van het bestuur voor de burger inzichtelijk worden gemaakt. De vraag of de bestuurlijke verwerking in lijn is met het Europees gegevensbeschermingsrecht kan op die manier, via het klassiek besluitmodel, in bezwaar en beroep aan bod komen. De zaak *Gegevensverwerking vergrijpboete* biedt een voorbeeld.¹⁴¹

De betrokkene heeft sinds februari 2011 een safeloket gehuurd bij de Rabobank voor de opslag van geld en sieraden. In 2018 is na een inbraak deze inhoud uit het safeloket gestolen. Ter compensatie heeft de Rabobank aan de betrokkene een vergoeding van € 134.133,38 uitgekeerd. Hiervan is de Belastingdienst op de hoogte gesteld. De betrokkene heeft het

¹³⁹ Zie hierover in detail paragraaf 2.3.1.

¹⁴⁰ Dit ligt anders als de verwerkingsverantwoordelijke een geslaagd beroep kan doen op art. 23 AVG. Zie hierover in detail paragraaf 2.3.2.

¹⁴¹ Rb. Zeeland-West-Brabant 15 september 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:5356 (*Gegevensverwerking vergrijpboete*).

vermogen dat bij de Rabobank was opgeslagen niet opgegeven in zijn belastingaangiften. Op basis van de door de Rabobank verkregen gegevens, legt de belastinginspecteur aan de betrokkene vergrijpboetes op. De betrokkene stelt dat de Rabobank zijn gegevens niet had mogen verstrekken aan de inspecteur. Via dit boetebesluit wordt de rechtmatigheid van deze gegevensverstrekking in het licht van de AVG in bezwaar en beroep ter discussie gesteld. De bestuursrechter heeft, kort gezegd, overwogen dat de verwerking in lijn is met de AVG, aangezien de Rabobank op grond van de wet verplicht is gegevens aan de inspecteur te verstrekken die van invloed kunnen zijn op de belastingheffing.¹⁴²

In de vorige paragraaf is gebleken dat, nadat een Awb-besluit is genomen, toezichthouders toezien op de naleving van wettelijke voorschriften. In dit kader kunnen eveneens persoonsgegevens worden verwerkt. Wanneer hierbij feiten aan het licht komen die leiden tot een handhavingsbesluit, dan kan de rechtmatigheid van de verwerking via dat besluit ter discussie worden gesteld. Dat gebeurde bijvoorbeeld in de eergenoemde zaak *DUO/Translink*.¹⁴³

In 2017 heeft een medewerker van DUO de reisgegevens van studenten opgevraagd bij Translink, het private bedrijf achter de OV-chipkaart.¹⁴⁴ Voor een aantal studenten heeft dit onderzoek geresulteerd in Awb-besluiten. Op basis van onder meer hun in- en uitcheckgegevens heeft DUO het aannemelijk geacht dat zij feitelijk thuiswonend waren, terwijl zij studiefinanciering ontvingen volgens de norm van uitwonende studenten. Daarom is de aan hen verstrekte studiefinanciering herzien en teruggevorderd. Tegen deze Awb-besluiten hebben sommige studenten bezwaar en (hoger) beroep aangetekend. In een van deze procedures werd ook de rechtmatigheid van de verstrekking van reisgegevens door Translink aan DUO ter toetsing voorgelegd aan de CRvB, die de rechtmatigheid hiervan kon toetsen op grond van het Awb-besluit.¹⁴⁵ De CRvB oordeelde dat de gegevens rechtmatig waren verkregen en mochten worden betrokken bij de besluitvorming.¹⁴⁶

3.5 De typologie verduidelijkt

De typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking moet op drie punten worden verduidelijkt.

3.5.1 Keuzevrijheid autonoom of accessoir opkomen

De eerste verduidelijking ziet op de keuzevrijheid ten aanzien van autonoom of accessoir opkomen. Wanneer de gegevensverwerking door het bestuur een zuiver feitelijke bestuurshandeling betreft, dan heeft de betrokkene geen keuzevrijheid. De verwerking houdt dan geenszins verband met een Awb-besluit. Om die reden kan hiertegen *enkel* via het informatieverzoek-besluitmodel worden opgekomen. Deze verwerking kan aldus niet accessoir, via het klassiek besluitmodel, worden aangevochten.

¹⁴² Wel moet hierbij een kanttekening worden geplaatst. De grondslag voor de verwerking vormt, anders dan de rechter stelt, niet art. 23 AVG, maar art. 6, vierde lid, AVG. Het gaat hier immers om secundair gebruik van persoonsgegevens.

¹⁴³ CRvB 8 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269 (*DUO/Translink*).

¹⁴⁴ Van Lieshout 2017.

¹⁴⁵ CRvB 8 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269, r.o. 5.6.3 (*DUO/Translink*).

¹⁴⁶ CRvB 8 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269, r.o. 5.6.5-5.6.8 (*DUO/Translink*). Wel overwoog de CRvB dat deze reisgegevens onvoldoende waren om aannemelijk te maken dat de betrokkene niet woonachtig was op het BRP-adres dat bij DUO bekend was.

Stel dat het college van B&W van de gemeente Enschede in de binnenstad aan de hand van slimme sensoren persoonsgegevens verzamelt van gebruikers van mobiele telefoons waarop de wifi ingeschakeld is.¹⁴⁷ Deze gegevensverwerking maakt geen deel uit van een Awb-besluit, zoals de aanvraag van een toeslag, uitkering of vergunning. De verwerking geldt bestuursrechtelijk als een zuiver feitelijke handeling. Tegen deze verwerking van persoonsgegevens kan de betrokkene daarom alleen via het informatieverzoek-besluitmodel bezwaar en beroep instellen.

In geval van een bestuurlijke gegevensverwerking die verband houdt met een Awb-besluit ligt dit echter anders. Volgens de typologie kan de betrokkene tegen een dergelijke verwerking *accessoir* opkomen via het klassiek besluitmodel. Dit is echter niet de *enige* mogelijkheid die hem ter beschikking staat. Via het informatieverzoek-besluitmodel kan hij ook *autonoom* ageren tegen de bestuurlijke gegevensverwerking. In die situatie wordt niet de *publiekrechtelijke rechtshandeling* – het Awb-besluit –, maar enkel de *feitelijke bestuurshandeling* – de gegevensverwerking die het bestuursorgaan in het kader van dit besluit heeft verricht – ter discussie gesteld. De zaak *Gegevensuitwisseling FIOD-Inspecteur* illustreert dit.¹⁴⁸ Hier gaat het om een verwerking die verband houdt met een fiscaal Awb-besluit, te weten een naheffingsaanslag. De betrokkene heeft de verwerking echter autonoom, dat wil zeggen: via het informatieverzoek-besluitmodel, in bezwaar en beroep ter discussie gesteld.

De Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst (FIOD) doet strafrechtelijk onderzoek naar een fiscaal adviseur.¹⁴⁹ In dit onderzoek zijn onder meer de gegevens van de betrokkene gevorderd. De strafrechtelijke vervolging van de fiscaal adviseur wordt gestaakt en de Rechtbank Rotterdam draagt de FIOD op om de verkregen gegevens te wissen. De FIOD heeft deze gegevens in een eerder stadium al verstrekt aan de belastinginspecteur, omdat zij fiscale relevantie hadden. Vervolgens legt de inspecteur aan de betrokkene naheffingsaanslagen op. Daarbij is gebruikgemaakt van de gegevens van de FIOD. De betrokkene stelt dat de verstrekking van gegevens door de FIOD aan de inspecteur onrechtmatig is. Via het informatieverzoek-besluitmodel artikel 34 Uitvoeringswet AVG en artikel 17 AVG vecht hij de rechtmatigheid van deze verwerking aan. In zowel bezwaar als beroep komt deze rechtmatigheidsvraag aan bod. De bestuursrechter oordeelt, kort gezegd, dat dit hergebruik van strafrechtelijk verkregen gegevens voor fiscale doeleinden in het licht van de AVG is toegestaan.

De bestuurlijke verwerking die deel uitmaakt van een Awb-besluit kan aldus zowel *accessoir*, via het klassiek besluitmodel, als autonoom, via het informatieverzoek-besluitmodel worden aangevochten.

3.5.2 Het leerstuk van bewijsuitsluiting

Het tweede punt van verduidelijking bouwt voort op deze laatste constatering. Een betrokkene kan een verwerking die deel uitmaakt van een Awb-besluit zowel autonoom als *accessoir* aanvechten. Wél dient hij erop bedacht te zijn dat hij in beide procedures verschillende resultaten kan bereiken. Komt de betrokkene autonoom op tegen de

¹⁴⁷ Deze casus is gebaseerd op: Autoriteit Persoonsgegevens, 'Besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan college van B&W van Enschede', 11 maart 2021.

¹⁴⁸ Rb. Midden-Nederland 9 mei 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1771 (*Gegevensuitwisseling FIOD-Inspecteur*).

¹⁴⁹ Rb. Midden-Nederland 9 mei 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1771 (*Gegevensuitwisseling FIOD-Inspecteur*).

verwerking van zijn gegevens, dan kan hij in bezwaar en beroep alleen een rechtsoordeel verkrijgen over de rechtmatigheid van deze verwerking. In een procedure die is ingeleid via het informatieverzoek-besluitmodel kan hij dus niet het Awb-besluit aanvechten ten behoeve waarvan de persoonsgegevens zijn verwerkt. Doorredenerend op de casus in *Gegevensuitwisseling FIOD-Inspecteur* betekent dit dat hij in de procedure die is ingeleid via het informatieverzoek-besluitmodel wél kan ageren tegen een feitelijke bestuurshandeling, te weten de gegevensverstrekking door de FIOD aan de belastinginspecteur. Hij kan echter niet ageren tegen de publiekrechtelijke rechtshandeling, te weten de naheffingsaanslagen. In een procedure die is ingeleid via het informatieverzoek-besluitmodel kunnen immers enkel gronden aan bod komen die zien op de verwerking van persoonsgegevens.

Komt de betrokkene via het klassiek besluitmodel op tegen een accessoire verwerking, dan kan hij zowel de gegevensverwerking als het besluit aanvechten. In de casus van *Gegevensuitwisseling FIOD-Inspecteur* zou de betrokkene op grond van het primaire besluit (de naheffingsaanslag) kunnen stellen dat de inspecteur zijn persoonsgegevens op onrechtmatige gronden heeft verkregen. Hij kan dan in bezwaar en beroep stellen dat dit besluit moet worden vernietigd, omdat het bewijs waarop het steunt – de gegevens die de FIOD aan de inspecteur heeft verstrekt – onrechtmatig is vergaard.

Maar wat gebeurt er als in rechte vast komt te staan dat een bestuursorgaan in strijd met Europese gegevensbeschermingsregels persoonsgegevens heeft verwerkt? Kan de gegevensverwerking, ondanks haar onrechtmatigheid, dan nog de feitenvaststelling van een Awb-besluit dragen? Het antwoord op deze vraag volgt niet uit het Europees gegevensbeschermingsrecht zelf. En dat verbaast ook niet. Deze kwestie wordt namelijk beheerst door het bestuursrechtelijk bewijsrecht. De bestuursrechter zal op basis van het leerstuk van bewijsuitsluiting bezien of het onrechtmatig verkregen bewijs toelaatbaar is. Daarbij zal hij het ‘zozeer-indruist-criterium’ toepassen: het bestuur mag onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal gebruiken, tenzij dat op een wijze is verkregen die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik ervan onder alle omstandigheden onrechtmatig is.¹⁵⁰

Ten aanzien van het leerstuk van bewijsuitsluiting doet zich echter iets interessants voor. Dit leerstuk heeft de afgelopen jaren met name invulling gekregen door middel van het EVRM.¹⁵¹ Zoals opgemerkt in het eerste hoofdstuk, vormde voor de komst van de AVG artikel 8 EVRM hét toetsingskader waarmee gegevensbeschermingsgeschillen in de publieke sector werden beslecht. Burgers die opkwamen tegen de rechtmatigheid van een bestuurlijke gegevensverwerking die verband hield met een Awb-besluit deden doorgaans een beroep op het EVRM, niet op de Wbp of op Richtlijn 95/46. Doorgaans stelden zij dan dat het bestuursorgaan in strijd met artikel 8 EVRM op het privéleven betrekking hebbende

¹⁵⁰ Schuurmans 2017, p. 391-392.

¹⁵¹ Schuurmans 2017, p. 388.

gegevens als bewijsmateriaal aan het besluit ten grondslag had gelegd. Dit heeft zich bijvoorbeeld voorgedaan in de ANPR-arresten.¹⁵²

Drie belastingplichtigen maken gebruik van zakelijke leaseauto's en stellen deze niet te gebruiken voor privédoeleinden. Zij leggen jaarlijks rittenregistraties over aan de inspecteur waaruit blijkt dat het privégebruik minder dan 500 kilometer bedraagt. De inspecteur accepteert de registraties echter niet. Gegevens die de politie via ANPR heeft verkregen en aan hem heeft verstrekt, hebben namelijk uitgewezen dat ze niet kloppen. Uit deze gegevens blijkt dat de auto's zijn gesignaleerd op wegen die niet zijn vermeld in de rittenregistraties. Op grond hiervan legt de inspecteur naheffingsaanslagen op. Volgens de belastingplichtigen had de inspecteur de ANPR-gegevens niet aan de besluitvorming ten grondslag mogen leggen, omdat zij in strijd met artikel 8 EVRM zijn verkregen. In cassatie stelt de Hoge Raad hen in het gelijk: de inspecteur had de ANPR-gegevens niet mogen gebruiken voor de besluitvorming. Hij overwoog dat door de gegevensverstrekking de privélevens van de betrokkenen werden geraakt. Deze inmenging berustte volgens hem echter niet op een wettelijke grondslag, wat leidde tot een ongerechtvaardigde inbreuk op hun privélevens. Daarom kan de inspecteur deze gegevens niet gebruiken ter onderbouwing van de naheffingsaanslagen.

Is er sprake van een schending van een fundamenteel recht, dan volgt in de regel bewijsuitsluiting.¹⁵³ De schending van een dergelijk recht, zo merkt Schuurmans op, 'kwalificeert de bestuursrechter vrijwel steeds als een ernstige rechtsinbreuk, die "zozeer indruist" tegen hetgeen van een fatsoenlijke overheid mag worden verwacht, dat dit onder alle omstandigheden moet worden uitgesloten'.¹⁵⁴ Anders gezegd: als in strijd met een fundamenteel recht bewijs wordt vergaard, dan moet het bewijsmateriaal worden uitgesloten omdat bij de verkrijging ervan rechtsstatelijke waarborgen zijn geschonden. Wordt een fundamenteel recht zoals artikel 8 EVRM geschonden, dan volgt aldus in de regel bewijsuitsluiting.¹⁵⁵

Moet bewijsuitsluiting plaatsvinden als het bestuur het bewijs in strijd met de AVG heeft verkregen? Voordat deze vraag kan worden beantwoord, moet eerst kort een ander vraagstuk worden toegelicht. Wanneer een bestuursorgaan persoonsgegevens van een derde partij verkrijgt, vinden twee soorten gegevensverwerkingen plaats. De persoonsgegevens worden doorgestuurd door de verstreckende partij (de eerste verwerking) en

152 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286 (ANPR I); HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:287 (ANPR II); HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:288 (ANPR III). Zie ter illustratie ook: CRvB 15 december 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK8311 (*Waterproof I*); CRvB 27 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM3881 (*Waterproof II*); CRvB 8 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269 (*DUO/Translink*).

153 Embregts 2003, p. 279-280; Schuurmans 2017, p. 392-393. Het Hof van Justitie heeft zich in rechtspraak over Richtlijn 2002/58 gebogen over het vraagstuk van bewijsuitsluiting in strafrechtelijke procedures: "Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat bij de beoordeling of informatie en bewijzen die in strijd met de voorschriften van het Unierecht zijn verkregen, moeten worden uitgesloten, met name moet worden nagegaan of de aanvaarding van dergelijke informatie en bewijzen schending van het beginsel van hoor en wederhoor en dus ook van het recht op een eerlijk proces tot gevolg kan hebben (zie in die zin arrest van 10 april 2003, Steffensen, C-276/01, EU:C:2003:228, punten 76 en 77). Een rechterlijke instantie die van oordeel is dat een partij niet in de gelegenheid is om doeltreffend commentaar te leveren op een bewijsmiddel dat betrekking heeft op een gebied waarvan de rechters geen kennis hebben en dat een doorslaggevende invloed kan hebben op de beoordeling van de feiten, moet vaststellen dat het recht op een eerlijk proces hierdoor wordt geschonden, en dat bewijsmiddel uitsluiten om die schending te voorkomen (zie in die zin arrest van 10 april 2003, Steffensen, C-276/01, EU:C:2003:228, punten 78 en 79)." Zie: HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:791, r.o. 226 (*La Quadrature du Net e.a.*).

154 Schuurmans 2017, p. 393.

155 Schuurmans 2017, p. 393.

deze worden vergaard door het bestuur (de tweede verwerking). Het Hof van Justitie heeft in een zaak die ziet op de verstrekking van gegevens door een private partij aan de Letse belastingautoriteit inmiddels gesteld dat in dit geval op de verstrekken partij een vergewisplicht rust. Dit betekent dat de verwerkingsverantwoordelijke die de gegevens verstrekt aan een overheidsinstantie zich ervan dient te vergewissen of de doorzending van persoonsgegevens rechtmatig is.¹⁵⁶ Inmiddels heeft de bestuursrechter in *Muilkorf* verduidelijkt dat de vergewisplicht ook rust op het bestuursorgaan dat de gegevens ontvangt. Dit orgaan dient, voordat het deze gegevens zelf gebruikt, na te gaan of de partij die de persoonsgegevens verstrekt deze rechtmatig heeft verwerkt.¹⁵⁷

Uit de beperkte rechtspraak die is gewezen over dit leerstuk in relatie tot de AVG blijkt dat rechters verschillend oordelen over de toelaatbaarheid van bewijs dat in strijd met gegevensbeschermingsregels is vergaard.¹⁵⁸ Daardoor is het thans onduidelijk welke consequenties de bestuursrechter moet verbinden aan deze onrechtmatige bewijsvergaring.

In 2021 heeft bijvoorbeeld de Hoge Raad in *FSV I* geoordeeld dat een schending van de AVG niet zonder meer leidt tot bewijsuitsluiting. In het volgende hoofdstuk zal uitvoerig worden stilgestaan bij zijn onderbouwing van dit oordeel.¹⁵⁹ Voor dit hoofdstuk volstaat het om kort op te merken dat in casu de Hoge Raad geen consequenties heeft willen verbinden aan het zonder grondslag (art. 6 AVG) verwerken van persoonsgegevens in de Fraude Signalerings Voorziening (FSV).¹⁶⁰

FSV I ziet op een geschil over een belastingaanslag.¹⁶¹ De belastinginspecteur legt deze aan een belanghebbende op. In cassatie stelt de belanghebbende dat het Hof heeft miskend dat haar aangifte op onrechtmatige gronden was geselecteerd voor onderzoek. Deze uitworp werd vastgelegd in de FSV. De belanghebbende stelt dat deze vorm van fraudebestrijding in strijd is met de AVG en daarom niet als basis mag dienen voor de correctie van de belastingaangifte.¹⁶² Ook de AP heeft geconcludeerd dat de Belastingdienst door het verwerken van persoonsgegevens in de FSV in strijd met de beginselen van rechtmatigheid, doelspecificatie, juistheid en opslagbeperking heeft gehandeld.¹⁶³

De Hoge Raad stelt dat alleen in uitzonderlijke situaties een controle van de aangifte die voortvloeit uit een onrechtmatige risicoselectie kan leiden tot bewijsuitsluiting. Van een dergelijke situatie is geen sprake als de belastingdienst “het recht van een belastingplichtige op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer heeft geschonden door gegevens van die belastingplichtige te verwerken op een wijze die door de inhoud, het gebruik of de verspreiding van de desbetreffende bestanden – eventueel op onderdelen – in strijd is met de Wet bescherming persoonsgegevens of de AVG. Indien zou worden geconstateerd dat de door deze regelingen beoogde bescherming van de persoonlijke levenssfeer door de verwerking

156 HvJ EU 24 februari 2022, ECLI:EU:C:2022:124, r.o. 71 (*SS Sia*).

157 Rb. Oost-Brabant 7 september 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:4394, r.o. 5.3 (*Muilkorf*).

158 Een zoekopdracht op www.rechtspraak.nl inzake uitspraken van de bestuursrechter op grond van de termen ‘AVG’, ‘onrechtmatig’, ‘bewijs’, ‘zozeer’, in de periode tussen 28 mei 2018 en 1 augustus 2023 levert acht uitspraken op. Deze zoekslag voor de Wbp levert elf uitspraken op.

159 Paragraaf 4.6.1.

160 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748 (*FSV I*); HR 14 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:12 (*FSV II*); HR 14 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:14 (*FSV III*).

161 Conclusie A-G Niessen 17 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:617 (*FSV I*); HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748 (*FSV I*).

162 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, r.o. 4.3.1 (*FSV I*).

163 Autoriteit Persoonsgegevens 2021, p. 61-62.

van persoonsgegevens is geschaad, kan dat dus niet leiden tot een verlaging van een – op zichzelf gezien juist berekende – aanslag.”¹⁶⁴

Anders dan de Hoge Raad, heeft een bestuursrechter van de Rechtbank Oost-Brabant in 2023 overwogen dat een schending van de AVG wél leidt tot bewijsuitsluiting. Ziet de rechtsinbreuk op het feit dat de gegevensverzekering door het bestuur niet herleidbaar is tot een van de limitatief opgesomde verwerkingsgrondslagen van artikel 6 AVG, dan dient het bewijsmateriaal te worden uitgesloten. Het bestuur, zo heeft de bestuursrechter overwogen, heeft het bewijs dan verkregen op een wijze die indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht.¹⁶⁵

De Kaukasische herdershond van de betrokkene heeft een vrouw aangevallen. De burgemeester van Boxtel heeft naar aanleiding van dit incident aan de betrokkene voor deze hond een aanlijn- en muilkorfgebod opgelegd. Later is aan de hand van camerabeelden die de burgemeester heeft verkregen van een omwonende, welke gericht waren op de openbare weg, geconstateerd dat deze geboden zijn overtreden. Vervolgens heeft hij drie dwangsommen van elk € 500 ingevorderd. In de procedure staat de vraag centraal of de burgemeester de camerabeelden als bewijs mag gebruiken om de overtreding van het muilkorfgebod vast te stellen. De bestuursrechter stelt dat dit niet het geval is, omdat de camerabeelden onrechtmatig zijn verkregen.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie mag een omwonende alleen zijn eigen goederen filmen.¹⁶⁶ De openbare weg mag niet zonder meer in beeld worden gebracht. De bestuursrechter stelt dat de burgemeester had moeten controleren of een grondslag als bedoeld in artikel 6 AVG “bestond voor de vastlegging van de camerabeelden voordat hij ze zelf zou gaan gebruiken. Dat heeft de burgemeester echter nagelaten. Gelet hierop moet het ervoor worden gehouden dat er geen grondslag bestaat voor het ter beschikking stellen van de camerabeelden door de omwonende en dat deze verwerking van persoonsgegevens onrechtmatig is.”¹⁶⁷

Daarna overweegt de bestuursrechter vast dat de verwerking van de camerabeelden door de burgemeester in het kader van de vaststelling van de overtreding van het muilkorfgebod niet herleidbaar is tot een van de verwerkingsgrondslagen in artikel 6 AVG.¹⁶⁸ Hij constateert in dat verband dat de gemeenteraad op grond van artikel 151c Gemeentewet bij verordening aan de burgemeester de bevoegdheid kan verlenen om cameratoezicht in te zetten om de veiligheid op straat te vergroten. De verwerking van camerabeelden zou dan te herleiden zijn tot artikel 6, eerste lid, onderdeel e, AVG. Maar van deze bevoegdheid is thans geen gebruik gemaakt. Ook deze verwerking is dus onrechtmatig.

Vervolgens verduidelijkt de bestuursrechter welke consequentie moet worden verbonden aan deze twee onrechtmatige verwerkingen. Hij oordeelt dat de burgemeester het bewijs heeft verkregen op een wijze die indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid kan worden verwacht. “Uit wat hiervoor is geoordeeld”, zo stelt de bestuursrechter, “volgt immers dat in dit geval op grond van de AVG niet alleen het ter beschikking stellen van de camerabeelden door de omwonende onrechtmatig is, maar ook de invordering zelf die uitsluitend op die camerabeelden is gebaseerd.”¹⁶⁹ Zo gezien heeft de burgemeester ten

164 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, r.o. 5.4 (FSV I).

165 Rb. Oost-Brabant 7 september 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:4394 (Muilkorf).

166 Zie hierover ook HvJ EU 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2428 (Ryneš).

167 Rb. Oost-Brabant 7 september 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:4394, r.o. 5.3 (Muilkorf).

168 Rb. Oost-Brabant 7 september 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:4394, r.o. 5.7.3 (Muilkorf).

169 Rb. Oost-Brabant 7 september 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:4394, r.o. 5.8 (Muilkorf).

onrechte de camerabeelden gebruikt als bewijs voor het overtreden van het muilkorfgebod en de daarop betrekking hebbende dwangsommen.

Stel dat vast komt te staan dat bewijsuitsluiting moet plaatsvinden omdat een bestuursorgaan persoonsgegevens onrechtmatig heeft verwerkt. Welke consequenties moeten hier dan aan worden verbonden? Dient het Awb-besluit te worden vernietigd of kan het in stand blijven? Het antwoord op deze vraag hangt af van de omstandigheden van het geval. Bewijsuitsluiting leidt niet automatisch tot vernietiging van het besluit. In de praktijk zal de bestuursrechter onderzoeken of de feitenvaststelling van het besteden besluit ook op basis van ander (rechtmatig) bewijsmateriaal kan worden gedragen. Is dat het geval, dan kan het besluit in stand blijven.

In *ANPR I* en *ANPR II* verwees de Hoge Raad de zaken bijvoorbeeld terug naar het Hof. Volgens de Hoge Raad zou in deze zaken het besluit namelijk op grond van ander bewijs kunnen worden gedragen.¹⁷⁰ In *ANPR III* achtte hij dit echter onwaarschijnlijk, omdat in die zaak enkel de ANPR-gegevens waren overgelegd ter onderbouwing van de naheffingsaanslag.¹⁷¹ De Hoge Raad voorzag hier daarom zelf in de zaak en vernietigde het bestreden besluit.

Datzelfde gebeurde ook in *Muilkorf*. De onrechtmatig verkregen camerabeelden waren het enige bewijs voor de constatering van de overtreding van het muilkorfgebod en de daaropvolgende invorderingen van dwangsommen.¹⁷² De burgemeester mocht dit bewijsmateriaal niet meer aan het besluit ten grondslag leggen en kon ook geen ander bewijs aanleveren. De bestuursrechter heeft daarom de bestreden besluiten vernietigd.

3.5.3 Het leerstuk van formele rechtskracht

De derde en laatste verduidelijking ziet op het leerstuk van formele rechtskracht. Dit leerstuk houdt, kort gezegd, in dat een besluit van een bestuursorgaan waartegen geen rechtsmiddelen zijn aangewend, of juist tevergeefs bezwaar en beroep is aangetekend, rehtens vast komt te staan.¹⁷³ Het besluit heeft dan *formele rechtskracht* verkregen. Soms wordt de betrokkene pas (jaren) nadat het besluit is genomen geïnformeerd over het feit dat het bestuur ten behoeve hiervan mogelijkwerwijs in strijd met het gegevensbeschermingsrecht persoonsgegevens heeft verwerkt. Zo heeft onderzoek van onder meer de *Groene Amsterdammer*, *Investico* en *Trouw* uitgewezen dat in het verleden studenten met een migratieachtergrond opvallend vaak als ‘onderzoekswaardig’ zijn bestempeld.¹⁷⁴ Van de 376 onderzochte rechtszaken ging het in 367 zaken – ruim 97% – om studenten met een migratieachtergrond. Uit het onderzoek is gebleken dat DUO met een fraude-opsporingsalgoritme de onderzoekswaardigheid van studenten bepaalde. Hierover werden de onderzochte studenten niet geïnformeerd.¹⁷⁵ Zij wisten dan ook niet dat DUO hun persoonsgegevens

170 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286, r.o. 2.3.8 (*ANPR I*); HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:287, r.o. 2.3.7 (*ANPR II*).

171 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:288, r.o. 2.3.6 (*ANPR III*).

172 Rb. Oost-Brabant 7 september 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:4394, r.o. 5.5 e.v. (*Muilkorf*).

173 Schlössels, Schutgens & Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band 2 (HSB)* 2019, p. 432.

174 Belleman, Heilbron & Kootstra 2023; Heilbron, Kootstra & Van Nuland, 2023. Zie ook: PwC 2024.

175 Volgens *Investico* heeft in ten minste één zaak de belanghebbende gesteld dat hij zou zijn geprofileerd. Hierover heeft de bestuursrechter echter geen oordeel geveld, omdat het bestreden besluit al voor vernietiging in aanmerking kwam vanwege een gebrek aan bewijs. Kootstra & Heilbron, 2023.

met een algoritme had geanalyseerd. In de bezwaar- en beroepsprocedures die zijn gevoerd naar aanleiding van de stopzetting en terugvordering van de uitwonendenbeurs hebben zij daarom niet kunnen controleren of deze bestuurlijke gegevensverwerking rechtmatig was.

Kan in een dergelijke situatie een burger die door een algoritme mogelijk op basis van discriminatoire gronden voor nader onderzoek is geselecteerd nog toegang tot rechtsbescherming verkrijgen om deze selectie aan te vechten? Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend. De betrokkene kan in ieder geval autonoom opkomen tegen de verwerking. Het algoritme waarmee de selectie heeft plaatsgevonden zal immers ook de persoonsgegevens van de betrokkene hebben verwerkt. Via het informatieverzoek-besluitmodel kan tegen deze verwerking bezwaar en beroep worden ingesteld. Het feit dat het besluit ten behoeve waarvan de persoonsgegevens zijn verwerkt formele rechtskracht heeft verkregen, doet hier in beginsel niet aan af. Uit artikel 79, eerste lid, AVG volgt dat de betrokkene het recht heeft om een doeltreffende voorziening in rechte in te stellen. Uit de systematiek van de AVG volgt bovendien dat de betrokkene zijn informatierechten in beginsel meermaals jegens de verwerkingsverantwoordelijke kan invoeren.¹⁷⁶ Uit de tekst van artikel 15-22 AVG volgt immers niet dat de frequentie waarmee een betrokkene een AVG-verzoek kan indienen kan worden beperkt.¹⁷⁷ Sterker, ten aanzien van twee informatierechten wordt in de verordening juist benadrukt dat deze meermaals kunnen worden ingediend bij de verwerkingsverantwoordelijke. Zo volgt uit artikel 21, eerste lid, AVG dat de betrokkene 'te allen tijde' bezwaar kan aantekenen tegen de verwerking van zijn persoonsgegevens. Uit considerans 63 van de verordening is inzake het inzagerecht overwogen dat de betrokkene dit recht 'eenvoudig en met redelijke tussenpozen' moet kunnen uitoefenen.

Tegen een gegevensverwerking die deel uitmaakt van een besluit dat formele rechtskracht heeft verkregen kan de betrokkene echter soms ook accessoir opkomen. Hij kan dan zowel de verwerking (de selectie) als het besluit dat daarmee samenhangt (de stopzetting en terugvordering van de studiefinanciering) aanvechten. De betrokkene kan dat doen door op grond van artikel 4:6 Awb een herzieningsverzoek in te dienen bij het bestuursorgaan.¹⁷⁸ Volgens dit artikel dient hij nieuw gebleken feiten of omstandigheden (nova) te stellen. Deze verplichting is in de bestuursrechtspraak inmiddels genuanceerd. Zo heeft de Afdeling gesteld dat het bestuur 'in het algemeen bevoegd is om een herhaalde aanvraag inhoudelijk

176 De Hoge Raad heeft in een cassatie in het belang van de wet bevestigd dat uit de systematiek van de AVG volgt dat de frequentie waarmee een betrokkene een AVG-verzoek indient in beginsel niet kan worden beperkt. Zie hierover in detail HR 15 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1216, r.o. 3.2.1-3.2.7 (*Cassatie in het belang der wet inzake artikel 21 AVG*). Wel is het de vraag hoe dit gegeven zich verhoudt tot art. 4:6, eerste lid, Awb, waaruit volgt dat in geval van een herhaalde aanvraag de aanvrager is gehouden nieuw gebleken feiten of veranderende omstandigheden te vermelden. De bestuursrechter van de Rechtbank Midden-Nederland heeft in een uitspraak erkend dat art. 4:6 Awb 'niet goed verenigbaar is met het in de AVG neergelegde uitgangspunt dat betrokkene te allen tijde het recht heeft om bezwaar te maken tegen de verwerking van zijn persoonsgegevens, tenzij sprake is van misbruik van recht'. Zie: Rb. Midden-Nederland 13 januari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:151, r.o. 7 (*Herhaalde aanvraag AVG/Awb*).

177 Wel volgt uit art. 12, vijfde lid, AVG, dat wanneer verzoeken van een betrokkene kennelijk ongegrond of buitensporig zijn, met name vanwege hun repetitieve karakter, de verwerkingsverantwoordelijke twee beslissingen kan nemen. Hij kan ofwel een redelijke vergoeding in rekening brengen voor het voldoen aan het verzoek dan wel weigeren gevolg te geven aan het verzoek.

178 Zie hierover in detail Bröring & Marseille 2002, p. 54-71.

te behandelen en daarbij het oorspronkelijke besluit in volle omvang te heroverwegen. (...).¹⁷⁹ Sterker, volgens de Afdeling kan het bestuur zelfs een besluit herzien 'als de rechtzoekende aan zijn verzoek geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden ten grondslag heeft gelegd'.¹⁸⁰ Hetzelfde geldt als de belanghebbende het bestuur verzoekt terug te komen op een reeds genomen besluit. Deze rechtspraak en artikel 4:6 Awb indachtig, zou de betrokkene wiens gegevens in het fraude-opsporingsalgoritme van DUO zijn verwerkt en hebben geresulteerd in een Awb-besluit, door middel van een herzieningsverzoek kunnen opkomen tegen zowel de verwerking als het besluit.

Tot slot zou de betrokkene, indien over het besluit is geprocedeerd bij de bestuursrechter en zijn uitspraak onherroepelijk is geworden, de rechter kunnen verzoeken de uitspraak te herzien. Dit kan op grond van artikel 8:119, eerste lid, Awb, de enige bepaling van titel 8.6 Awb. De bestuursrechter kan tot herziening overgaan als er sprake is van nieuw gebleken feiten en omstandigheden die voor de uitspraak niet bekend waren, maar als ze dat wél waren geweest tot een andere uitspraak zouden hebben kunnen leiden. De situatie waarin jaren later blijkt dat profilerende algoritmen een rol hebben gespeeld bij de bestuurlijke besluitvorming, zou mogelijk als een dergelijke omstandigheid kunnen kwalificeren.

3.6 Conclusie

Bestuursorganen verwerken om uiteenlopende redenen gegevens van burgers. Wanneer zij dit doen om een Awb-besluit te nemen, moeten zij zich zowel aan het Europees gegevensbeschermingsrecht als aan de Awb houden. In dit hoofdstuk is onderzocht of deze samenloop in materiële normering ook consequenties heeft voor de toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

Om deze vraag te kunnen beantwoorden is eerst uiteengezet welke visie de Awb-wetgever had op de bestuurlijke gegevensverwerking. In dat kader is geconstateerd dat hij tijdens de codificatie van de Awb een papieren overheidsbestuur voor ogen had waarin ambtenaren in afzonderlijke procedures zelf feitenonderzoek zouden doen om bewijs te vergaren ter onderbouwing van een Awb-besluit. Deze visie komt impliciet tot uitdrukking in de Awb. De daarin vervatte normen inzake de bestuurlijke omgang met gegevens houden in de regel verband met de totstandkoming van een Awb-besluit. Meer specifiek zien zij op het in kaart brengen en vaststellen van feiten waaraan het bestuursrecht rechtsgevolgen verbindt. Dit zijn rechtsfeiten die de bestuursbevoegdheid van een bestuursorgaan doen activeren. Deze gegevens fungeren als bewijsmateriaal ter ondersteuning van een Awb-besluit.

Binnen de systematiek van de Awb kan, indien de verwerking verband houdt met een besluit, hiertegen via het klassiek besluitmodel worden geageerd. Volgens dit model moet het bezwaar en beroep altijd primair verband houden met een Awb-besluit. In bezwaar en beroep kan daarom niet zelfstandig tegen de gegevensverwerking worden opgekomen, nu deze verwerking bestuursrechtelijk geldt als *feitelijke handeling*. Dit gegeven komt mede tot uitdrukking in hoofdstuk 5 Awb. Tegen gegevensverwerkingen door een toezichthouder

¹⁷⁹ ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131, r.o. 3.3 (*Nova*).

¹⁸⁰ ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131, r.o. 3.3 (*Nova*).

kan op grond van het klassiek besluitmodel niet zelfstandig worden opgekomen. De vraag of een toezichthouder rechtmatig persoonsgegevens heeft verwerkt kan via dit model pas in bezwaar en beroep aan de orde worden gesteld als de verwerking onderdeel uitmaakt van de feitenvaststelling van een handhavingsbesluit. In dat geval kan de burger via het klassiek besluitmodel ageren tegen de gegevensverwerking die de toezichthouder heeft verricht in de handhavingsfase.

Op basis van deze inzichten is vervolgens een typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking geformuleerd. De wijze waarop een betrokkene toegang tot rechtsbescherming kan verkrijgen om de rechtmatigheid van een bestuurlijke gegevensverwerking ter discussie te stellen, hangt af van het *doel* dat hij met het bezwaar en beroep nastreeft. In dat verband is een onderscheid gemaakt tussen twee situaties, te weten die waarin de betrokkene *autonoom* opkomt tegen de bestuurlijke verwerking van zijn gegevens en die waarin hij dat *accessoir* doet.

De eerste situatie doet zich voor wanneer een betrokkene enkel de rechtmatigheid van de verwerking ter discussie tracht te stellen. Hij kan dan via het informatieverzoek-besluitmodel deze rechtmatigheidsvraag in bezwaar en in beroep aan de orde stellen. De tweede situatie doet zich voor wanneer de betrokkene de rechtmatigheid van een bestuurlijke gegevensverwerking in relatie tot een Awb-besluit ter discussie tracht te stellen. In dit geval fungeert de gegevensverwerking als een rechtsfeit waarmee het bestuur een Awb-besluit onderbouwt. Als de betrokkene zich niet kan verenigen met zowel de verwerking als het besluit, dan kan hij via het klassiek besluitmodel de rechtmatigheid ervan ter discussie stellen.

De typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking is op drie punten verduidelijkt. De eerste verduidelijking heeft betrekking op de keuzevrijheid om autonoom of accessoir te ageren tegen een verwerking. Wanneer de verwerking een zuiver feitelijke bestuurshandeling betreft, dan heeft de betrokkene geen keuzevrijheid. De verwerking houdt dan geen verband met een Awb-besluit, waardoor de betrokkene hiertegen alleen middels het informatieverzoek-besluitmodel autonoom kan opkomen. Ten aanzien van de accessoire verwerking ligt de zaak anders. Als een gegevensverwerking deel uitmaakt van de feitenvaststelling van een Awb-besluit, dan heeft de betrokkene wel keuzevrijheid. Hij kan hiertegen accessoir en autonoom opkomen.

De tweede verduidelijking ziet op het feit dat de betrokkene erop bedacht moet zijn dat hij met deze beroepsmogelijkheden verschillende resultaten kan bereiken. Komt hij autonoom op tegen een verwerking, dan kan hij in de bestuursrechtelijke procedure alleen een rechtsoordeel verkrijgen over de rechtmatigheid hiervan. In een procedure die is ingeleid via het informatieverzoek-besluitmodel kan hij dus niet het Awb-besluit aanvechten waarvoor de persoonsgegevens zijn verwerkt. Als de betrokkene via het klassiek besluitmodel opkomt tegen een accessoire verwerking, dan kan hij zowel opkomen tegen de verwerking als tegen het besluit. Hij kan dan in bezwaar en beroep stellen dat het Awb-besluit moet worden vernietigd, omdat het bewijs waarop het steunt onrechtmatig is vergaard. Als vastgesteld wordt dat het bewijs onrechtmatig is verkregen, moet vervolgens beoordeeld worden of bewijsuitsluiting dient plaats te vinden. Dit wordt bepaald op grond van het

'zozeer-indruist-criterium'. Het bestuur kan gebruikmaken van onrechtmatig verkregen bewijs, tenzij de verkrijging zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat die onder alle omstandigheden onrechtmatig is. Op basis van de huidige rechtspraak is thans onduidelijk of een schending van de AVG in de bewijsverkrijging moet leiden tot bewijsuitsluiting.

De derde verduidelijking ziet op het leerstuk van formele rechtskracht. Wanneer geen rechtsmiddelen zijn aangewend tegen een besluit, of wanneer hiertegen onsuccesvol bezwaar en beroep is ingesteld, krijgt het besluit *formele rechtskracht*. Soms wordt de betrokkene pas (jaren) nadat het besluit is genomen, en het al formele rechtskracht heeft verkregen, geïnformeerd over het feit dat het bestuur ten behoeve hiervan mogelijkerechts onrechtmatig gegevens heeft verwerkt. In deze situatie kan de betrokkene via het informatieverzoek-besluitmodel in beginsel autonoom opkomen tegen de gegevensverwerking. In een dergelijke situatie kan de betrokkenen echter ook nog accessoir opkomen tegen de verwerking evenals het besluit waarvoor zijn gegevens (mogelijk onrechtmatig) zijn verwerkt. Dat kan hij doen door op grond van artikel 4:6 Awb een herzieningsverzoek in te dienen bij het bestuur.¹⁸¹ Volgens dit artikel dient de belanghebbende nieuw gebleken feiten of omstandigheden (nova) te stellen. Is over dit besluit een onherroepelijke rechterlijke uitspraak gewezen, dan kan de betrokkene ook op grond van artikel 8:119, eerste lid, Awb, een herzieningsverzoek indienen bij de bestuursrechter.

181 Bröring & Marseille 2002, p. 54-71.