



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).

Slotbeschouwingen

8.1 Inleiding

Het gegevensbeschermingsrecht werd lange tijd gezien als een mandarijnenwetenschap, een ondoorgrondelijk rechtsgebied dat enkel is weggelegd voor een select aantal superspecialisten.¹ Ook de bestuursrechtgemeenschap had lange tijd een blinde vlek voor het gegevensbeschermingsrecht. De transformatie die dit rechtsgebied heeft ondergaan, van een nationale tot een grotendeels Europese aangelegenheid, is daardoor lange tijd door velen onopgemerkt gebleven.

Hoewel de komst van de AVG heeft gezorgd voor een groeiend bewustzijn van het Europees gegevensbeschermingsrecht, is in het bestuursrecht tot op heden nauwelijks aandacht besteed aan de doorwerking van dit recht in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Dit heeft ook consequenties voor de kennis over de wijze waarop betrokkenen zich via het bestuursrecht kunnen verzetten tegen de bestuurlijke verwerking van hun persoonsgegevens. Er is betrekkelijk weinig aandacht voor de vraag hoe betrokkenen kunnen ageren tegen dergelijke verwerkingen. Deze onduidelijkheid doet zich alom steeds voelen, de grotere bekendheid van de AVG niettegenstaande.

Dit proefschrift heeft zich als doel gesteld de vraag te beantwoorden in hoeverre het Europees gegevensbeschermingsrecht kan doorwerken in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, zodat burgers rechtsbescherming kunnen verkrijgen tegen de bestuurlijke verwerking van hun persoonsgegevens? Bij de beantwoording van deze vraag heeft het proefschrift zich gericht op drie aspecten van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Het eerste betreft *toegang*. Onderzocht is op welke wijze een betrokkene toegang tot rechtsbescherming kan verkrijgen, wanneer hij stelt dat zijn gegevens onrechtmatig zijn verwerkt door een bestuursorgaan. Het tweede aspect betreft *toetsing*. In dat verband is geanalyseerd of, en zo ja, op welke wijze een betrokkene in bezwaar of (hoger) beroep de rechtmatigheid van een verwerking ter discussie kan stellen. Het derde vraagstuk betreft *schadevergoeding*. In dit kader is bekeken in hoeverre een betrokkene wiens gegevens door het bestuur onrechtmatig zijn verwerkt via het bestuursrecht zijn recht op schadevergoeding kan effectueren. Het oogmerk van dit slothoofdstuk is om de tien belangrijkste bevindingen die in de analyse naar voren zijn gekomen te presenteren (par. 8.2-8.11) en op basis daarvan de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden (par. 8.12).

1 Overkleef-Verburg 1995, p. 567.

8.2 Bevinding 1 – De noodzaak van een nieuw rechtsbeschermingsmodel

Het Europees gegevensbeschermingsrecht, zoals thans neergelegd in de AVG, en het bestuursrecht, zoals gecodificeerd in de Awb, komen op een belangrijk punt overeen: ze leggen beide algemene regels vast. De Awb bevat conform artikel 107, tweede lid, Gw, algemene regels van bestuursrecht, terwijl in de AVG in lijn met artikel 16, tweede lid, VWEU, algemene regels van gegevensbescherming zijn vastgesteld. Op drie fundamentele punten verschillen zij echter wezenlijk, te weten hun toepassingsbereik, grondslagen en oog voor subjectieve rechten van burgers.

Eerst het toepassingsbereik. De Awb is weliswaar een *algemene wet*, maar zij is toegespitst op de publieke sector. Zij bevat immers alleen rechtsnormen voor bestuursorganen. Daarbij hanteert ze een uniform begrippenkader – ‘besluit’, ‘bestuursorgaan’ en ‘belanghebbende’ – en uniforme procedures in de vorm van bezwaar, beroep en hoger beroep.² De AVG heeft echter een ruimer toepassingsbereik. Zij is als algemene wet zowel van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens in de publieke sector als op die in de private sector. De AVG is dus een omnibuswet: zij is een wet voor allen.

Dan de grondslagen. De Awb stelt de publiekrechtelijke rechtshandeling van het bestuursorgaan – het besluit in artikel 1:3, eerste lid, Awb – centraal. Deze handeling waarmee het bestuur eenzijdig de rechtspositie van de burger vaststelt wordt gerekend tot de kern van het bestuursrecht. Een beslissing wordt opgevat als een publiekrechtelijke rechtshandeling, wanneer de bevoegdheid hiervoor valt te herleiden tot een wettelijk voorschrift.³ Dit vormde ook de reden voor de koppeling van de rechtsmacht van de bestuursrechter aan deze rechtsfiguur. Zijn bevoegdheid zou op deze manier aansluiten bij de wijze waarop het bestuur eenzijdig macht uitoefent. Het besluit in artikel 1:3, eerste lid, Awb speelt aldus een hoofdrol in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Via het klassiek besluitmodel kan de belanghebbende bezwaar en beroep aantekenen tegen een besluit van een bestuursorgaan. Andersoortige bestuurshandelingen, zoals feitelijk handelen, vallen in beginsel buiten de bevoegdheid van de bestuursrechter, aangezien zij geen verandering teweegbrengen in de rechtswereld, maar enkel in de materiële wereld.

De AVG maakt geen onderscheid tussen de feitelijke handeling die betrekking heeft op de materiële wereld en de publiekrechtelijke rechtshandeling die ziet op de rechtswereld. Zij berust op het idee dat de verwerking van persoonsgegevens – een feitelijke handeling – als zodanig normering en bescherming behoeft. De wijze waarop gegevens verwerkt worden kan namelijk van invloed zijn op de grondrechten en fundamentele vrijheden van betrokkenen. De AVG heeft een tweeledig doel: het faciliteren van het vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de Europese Unie en het beschermen van de grondrechten en fundamentele vrijheden van natuurlijke personen, met name hun recht op gegevensbescherming (art. 8 EU-Grondrechtenhandvest).⁴ Om deze doelen te verwezenlijken, reguleert de AVG de wijze waarop verwerkingsverantwoordelijken persoonsgegevens verwerken. Dat doet zij onder meer door normen te formuleren waaraan zij zich moeten houden bij de verwerking van

² Schueler 2010, p. 178. Zie hierover ook paragraaf 2.4.

³ ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2072, r.o. 6.1 (*X/Staatssecretaris van Defensie*).

⁴ Art. 1, tweede lid, AVG. Zie hierover ook considerans 10 van de AVG.

gegevens. Zo bezien kan worden gesteld dat de AVG in essentie ziet op het in goede banen leiden van een feitelijke handeling, te weten de verwerking van persoonsgegevens door de verwerkingsverantwoordelijke.

Tot slot de subjectieve rechten van burgers. In de AVG zijn, als gezegd, normen neergelegd waaraan partijen zich dienen te houden bij de verwerking van persoonsgegevens. In de verordening is tevens een belangrijke rol weggelegd voor de subjectieve rechten van betrokkenen. De AVG kent aan hen namelijk verschillende informatierechten toe, zoals het recht op inzage, rectificatie, wissing en bezwaar. Hiermee kunnen zij controle uitoefenen over de verwerking van hun gegevens en kunnen zij naleving van de verordening vorderen. Hier tekent zich dan ook een belangrijk verschil af tussen de Awb en de AVG. De Awb gaat, 'hoe men het wendt of keert, vooral om bestuursorganen die besluiten nemen (...)'.⁵ Zij bestaat voornamelijk uit bepalingen die instructies aan, en verplichtingen van, het bestuur bevatten.⁶ Binnen de systematiek van de Awb wordt echter nauwelijks geredeneerd vanuit het perspectief van de burger en zijn subjectieve rechten. Sterker, de VAR-Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht heeft opgemerkt dat de 'theorievorming inzake subjectieve rechten van burgers jegens het bestuur' in het bestuursrecht maar beperkt ontwikkeld is.⁷ Ook voor de normering van feitelijk bestuurshandeling heeft de Awb weinig oog.⁸

Door bovengenoemde verschillen tussen de Awb en de AVG kan een betrokkene in beginsel via het klassiek besluitmodel geen toegang tot rechtsbescherming verkrijgen om te ageren tegen de verwerking van zijn gegevens door het bestuur.⁹ Via dit model kan alleen toegang tot rechtsbescherming worden verkregen, wanneer er sprake is van een appellabel besluit van een bestuursorgaan. Een betrokkene die klaagt over de wijze waarop het bestuur zijn gegevens verwerkt, bijvoorbeeld omdat de verrichte verwerking niet te herleiden is tot een van de limitatief opgesomde grondslagen uit artikel 6 AVG, ageert echter tegen een feitelijke bestuurshandeling. De reactie van het bestuur op de klacht van de betrokkene kan daarom niet worden opgevat als een publiekrechtelijke rechtshandeling. Anders gezegd: er is dan geen besluit waartegen de betrokkene kan opkomen via het klassiek besluitmodel, met als gevolg dat de bestuursrechter geen bevoegdheid heeft om te oordelen over dit geschil. De betrokkene zal zich aldus moeten wenden tot de civiele rechter, die als restrechter wél rechtsbescherming kan bieden tegen feitelijk bestuurshandelen.

Wanneer de betrokkene op basis van zijn subjectieve rechten zoals neergelegd in artikel 15-22 AVG, bij het bestuur klaagt over de verwerking van zijn gegevens kan hij evenmin via het klassiek besluitmodel toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming verkrijgen. De reactie van het bestuur op het wissingsverzoek van de betrokkene geldt op zichzelf namelijk niet als een besluit. Zij vormt immers geen publiekrechtelijke rechtshandeling, aangezien het bestuur, door schriftelijk te reageren op een informatieverzoek, geen openbaar gezag uitoefent. Dit vloeit voort uit de specifieke aard van de AVG, die als omnibuswet

5 VAR, Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021, p. 79.

6 VAR, Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021, p. 76.

7 VAR, Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021, p. 76.

8 Van der Meulen 1991.

9 Paragraaf 2.5 en 5.2.

gelijkelijk van toepassing is op de private en publieke sector.¹⁰ Ook private rechtspersonen, en zelfs natuurlijke personen, kunnen een AVG-verwerkingsverantwoordelijke zijn jegens wie de betrokkene informatierechten kan invoeren. Wanneer een bestuursorgaan een informatieverzoek van een betrokkene af- of toewijst, handelt het dus niet uit hoofde van een exclusief aan dat orgaan toegekende bestuursbevoegdheid. Het voldoet simpelweg aan zijn gegevensbeschermingsrechtelijke plicht. De reactie van het bestuur op een informatieverzoek van de betrokkene, waarin deze een informatierecht invoert om de rechtmatigheid van een op hem betrekking hebbende verwerking ter discussie te stellen, behelst geen publiekrechtelijke rechtshandeling. De bestuursrechter is daarom niet bevoegd te oordelen over de verwerking waar dit informatieverzoek op ziet. De betrokkene zal de civiele rechter moeten adieren.

De wetgever heeft het echter onwenselijk geacht dat rechtsbescherming tegen bestuurlijke gegevensverwerkingen bij de civiele rechter zou worden ondergebracht.¹¹ Deze wens werd ingegeven door de ervaring die in het verleden met de WPR was opgedaan. Destijds kon enkel de civiele rechter in een verzoekschriftprocedure oordelen over de toepassing en naleving van deze wet door de overheid én entiteiten in de private sector. Uit wetsevaluaties bleek echter dat de civiele rechtsgang onvoldoende aansloot bij het Nederlandse rechtstelsel. De WPR werd hierdoor onvoldoende gehanteerd door bestuursrechtjuristen.¹² Ze werd beschouwd als een 'dogmatisch zwevende regeling' voor de overheidssector, en was hard op weg 'een superspecialisme te worden, een mandarijnenwetenschap met alle kwalijke effecten van dien'.¹³ De wetgever greep daarom eind jaren negentig de omzetting van Richtlijn 95/46 in de Wbp aan om de rechtsbescherming in het gegevensbeschermingsrecht te herzien. Dat deed hij door in de Wbp een gedifferentieerd stelsel van rechtsbescherming op te nemen. Zowel de civiele rechter als de bestuursrechter kregen hierin een rol. Gegevensverwerkingen in de private sector bleven onder de bevoegdheid van de civiele rechter vallen. Rechtsbescherming tegen verwerkingen door bestuursorganen in de publieke sector bracht de wetgever onder bij de bestuursrechter.¹⁴ Hiermee zou volgens de wetgever het gegevensbeschermingsrecht ook meer aansluiten bij het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Tevens beoogde hij het gegevensbeschermingsrecht zo 'te despecialiseren'.¹⁵

Om deze differentiatie in rechtsbescherming te verwezenlijken, was de wetgever genoodzaakt om de bevoegdheid van de bestuursrechter over bestuurlijke gegevensverwerkingen wettelijk vast te leggen. Hij codificeerde in artikel 45 Wbp een nieuw model van rechtsbescherming, te weten het informatieverzoek-besluitmodel.¹⁶ Wenste een betrokkene op te komen tegen de verwerking van zijn gegevens door een bestuursorgaan, dan moest hij bij dit orgaan een informatieverzoek indienen ter effectuering van een van zijn subjectieve informatierechten. De schriftelijke reactie van het bestuur op dit informatieverzoek gold

¹⁰ Blok 2005, p. 246-252.

¹¹ Paragraaf 2.5 en 5.2.

¹² Overkleeft-Verburg 1995, p. 101. Dat gold volgens Overkleeft-Verburg overigens ook voor beoefenaren van het privaatrecht. Zie Overkleeft-Verburg 1995, p. 365.

¹³ Overkleeft-Verburg 1995, p. 101 en 567.

¹⁴ *Kamerstukken II* 1998/99, 25892, nr. 6, p. 5.

¹⁵ *Kamerstukken II* 1998/99, 25892, nr. 6, p. 5.

¹⁶ Paragraaf 2.5 en 5.2.

dan als een appellabel Awb-besluit. Met de codificatie van artikel 45 Wbp gebeurde, gezien vanuit de doorwerking van subjectieve rechten van de betrokkene uit het Unierecht in het Nederlands bestuursrecht, iets heel wezenlijks. Het subjectieve informatierecht van de betrokkene werd opgevat als ware het een *bestuursbevoegdheid* van een bestuursorgaan. De wetgever realiseerde hiermee dat gegevensbeschermingsrechtelijke geschillen tussen de betrokkene en het bestuur in de systematiek van het bestuursprocesrecht konden worden ingepast.

In mei 2018 zijn de AVG en de Uitvoeringswet AVG van toepassing geworden. Richtlijn 95/46 en de Wbp zijn hierdoor komen te vervallen. Wat betreft rechtsbescherming heeft de Uitvoeringswet AVG echter geen veranderingen met zich meegebracht. Het informatieverzoek-besluitmodel is in artikel 34 Uitvoeringswet AVG ongewijzigd overgenomen uit de Wbp. Net als artikel 45 Wbp schrijft deze bepaling voor dat een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan in reactie op een informatieverzoek van de betrokkene ter verwezenlijking van de in artikel 15-22 AVG neergelegde informatierechten opgevat moet worden als een Awb-besluit.¹⁷ Voor een fundamentele herziening van de organisatie van rechtsbescherming in het gegevensbeschermingsrecht had de wetgever ten tijde van de implementatie van de Uitvoeringswet AVG geen tijd. Deze wet moest in hoog tempo door het parlement worden geloodst en werd daarom beleidsneutraal geïmplementeerd. Pas later, zo overwoog de Minister voor Rechtsbescherming, zou moeten worden onderzocht of de Uitvoeringswet AVG verbetering behoefde.¹⁸

Al met al kan worden geconcludeerd dat de wetgever, blijkens de wetsgeschiedenis van de Wbp en die van de Uitvoeringswet AVG, heeft gewild de rechtmatigheid van een bestuurlijke gegevensverwerking onder de bevoegdheid van de bestuursrechter te brengen. Met het oog hierop is het informatieverzoek-besluitmodel in wetgeving gecodificeerd (art. 45 Wbp, later in art. 34 Uitvoeringswet AVG). Deze codificatie was noodzakelijk omdat op grond van de Awb de toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming gekoppeld is aan de publiekrechtelijke rechtshandeling van het bestuur, te weten het Awb-besluit (art. 1:3 Awb).

8.3 Bevinding II – Exceptieve toetsing via het informatieverzoek-besluitmodel

De wijze waarop de wetgever in de parlementaire geschiedenis het informatieverzoek-besluitmodel toelicht doet wellicht vermoeden dat de betrokkene hiermee direct bezwaar en beroep kan instellen tegen een gegevensverwerking door het bestuur. Een nadere bestudering van dit model leert dat dit niet het geval is. Artikel 34 Uitvoeringswet AVG breidt de rechtsmacht van de bestuursrechter namelijk niet principieel uit tot geschillen over feitelijke gegevensverwerkingen door het bestuur.¹⁹ Het bepaalt enkel dat de reactie van het bestuur op een verzoek van de betrokkene ter effectuering van een subjectief informatierecht als bedoeld in artikel 15-22 AVG, gelijkgesteld moet worden aan een Awb-besluit. Het door de betrokkene ingeroepen informatierecht bakent dan de reikwijdte van het geschil in bezwaar en (hoger) beroep af. Dit werkt door in de bevoegdheid van de bestuursrechter. Aan artikel 15-22 AVG ontleent de betrokkene namelijk verschillende

¹⁷ Paragraaf 2.5 en 5.2.

¹⁸ Paragraaf 5.2.3.

¹⁹ Paragraaf 6.3.1.

informatierechten, waaronder het recht op inzage, rectificatie en gegevenswissing. Hiermee kan hij controle uitoefenen over de wijze waarop zijn gegevens zijn verwerkt. Tegelijkertijd is met deze rechten iets bijzonders aan de hand. Zij hebben in essentie een functioneel karakter. Met een beroep hierop kan de betrokkene zijn gegevens bijvoorbeeld inzien, ze laten corrigeren of ze laten wissen. Maar in artikel 15-22 AVG is geen informatierecht opgenomen waarmee hij *rechtstreeks* de onrechtmatigheid van een gegevensverwerking aan de orde kan stellen.²⁰ Dit betekent dat de betrokkene moet nagaan of en, zo ja, via welke AVG-informatierechten hij de rechtmatigheid van een verwerking door het bestuur ter discussie kan stellen.

Via welke van de in de AVG opgenomen informatierechten kan de betrokkene het bestuur of de bestuursrechter verzoeken om de rechtmatigheid van een verwerking te beoordelen? Bestudering van de tekst van de AVG leert dat hij dit in ieder geval kan doen middels het wissingsrecht.²¹ Artikel 17, eerste lid, onderdeel d, AVG, kent aan de betrokkene namelijk het recht toe gegevens te laten wissen, indien zij onrechtmatig worden verwerkt. Voor de effectuering van dit wissingsrecht is het dus relevant of de verwerking rechtmatig plaatsvindt. Als de betrokkene een wissingsverzoek indient bij het bestuur, dan dient dit bestuur zich in het primaire wissingsbesluit – en eventueel in de hierop volgende beslissing op bezwaar – hierover te buigen. Dit gegeven werkt ook door in de toetsingsbevoegdheid van de bestuursrechter, die de rechtmatigheid van deze gegevensverwerking vervolgens kan toetsen op grond van het bestreden besluit. Deze toetsing kan als *exceptief* worden omschreven, omdat de betrokkene de bestuursrechter niet rechtstreeks kan adïëren met de vraag om de rechtmatigheid van de gegevensverwerking – een feitelijke bestuurshandeling – te beoordelen. De bestuursrechter kan deze verwerking slechts *exceptief* toetsen op basis van een besluit ter verwezenlijking van het AVG-wissingsrecht.

Heeft de wetgever zich tijdens de codificatie van de Wbp en de Uitvoeringswet AVG gerealiseerd dat een betrokkene de rechtmatigheid van een feitelijke gegevensverwerking niet direct, maar enkel *exceptief* kan laten toetsen? Was de wetgever, in de woorden van Scheltema, op dit punt ‘alwetend’?²² Vermoedelijk is dit niet het geval. Blijkens de parlementaire geschiedenis van beide wetten heeft de wetgever immers uitdrukkelijk beoogd de bestuursrechter rechtsmacht te geven over gegevensverwerkingen in de publieke sector. Hij heeft echter nagelaten dit expliciet in de wet te regelen. Mogelijk heeft de wetgever niet in beeld gehad welke gevolgen de toepassing van het informatieverzoek-besluitmodel in de bestuursrechtelijke praktijk zou hebben.²³

20 Uiteraard kent art. 79, eerste lid, AVG wel aan de betrokkene het recht toe om een doeltreffende voorziening in rechte in te stellen tegen een verwerkingsverantwoordelijke, indien hij van mening is dat zijn rechten uit hoofde van de AVG zijn geschonden ten gevolge van een verwerking van zijn gegevens die niet aan de AVG voldoet.

21 Paragraaf 6.3.1.

22 Scheltema 2021, p. 16.

23 Scheltema 2021, p. 16-17.

8.4 Bevinding III – Overlap klassiek besluitmodel en informatieverzoek-besluitmodel

Voor de toepasselijkheid van de AVG maakt het in beginsel niet uit voor welk doel het bestuur persoonsgegevens verwerkt. Of dit nu gebeurt met het oog op het nemen van een primair besluit, bijvoorbeeld ter beoordeling van een aanvraag van bijstand of studiefinanciering, of voor het uitvoeren van een publieke taak, zoals het in goede banen leiden van de verkeersstromen in de stad: al deze verwerkingen dienen AVG-conform te zijn. Iedere betrokkene kan op basis van het informatieverzoek-besluitmodel van artikel 34 Uitvoeringswet AVG, en krachtens het wissingsrecht, ageren tegen gegevensverwerkingen die het bestuur verricht.

In de Awb zijn echter ook normen opgenomen die zien op de omgang met gegevens door bestuursorganen.²⁴ Deze hebben betrekking op de inbreng van (zakelijke) gegevens, inlichtingen, kennis en bescheiden door partijen in besluitvormingsprocedures. Ze zijn onder meer 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. Uit de gegevensverstrekkingplicht van de burger (art. 4:2, tweede lid, Awb) en de onderzoeksplicht van het bestuur (art. 3:2 Awb) volgt dat de burger en het bestuur samen verantwoordelijk zijn voor de inbreng van gegevens in de besluitvormingsprocedure. Wel is het bestuur eindverantwoordelijk voor de feitenvaststelling in het primaire besluit. Volgens het zorgvuldigheidsbeginsel dient het zelfstandig de feiten te onderzoeken die zijn bestuursbevoegdheid al dan niet activeren. Op grond van het motiveringsbeginsel, dat in artikel 3:46 en 3:47 Awb is neergelegd, dient het bestuur in het primaire besluit de feitenvaststelling, en daarmee ook de bestuurlijke gegevensverwerking die hiervan deel uitmaakt, inzichtelijk te maken.

Verwerkt het bestuur gegevens om een beschikking te nemen, dan zal deze verwerking al snel herleidbaar zijn tot een natuurlijke persoon, waardoor er sprake is van een gegevensverwerking in de zin van de AVG. In dat geval is er een *materiële* samenloop van de Awb en de AVG: de verwerking wordt dan door de Awb én de AVG genormeerd.²⁵ Ter illustratie kan worden gewezen op de praktijk van bewijsvergaring ten aanzien van beschikkingen. Het bestuur kan pas een individueel besluit over de toekenning van een toeslag, uitkering of vergunning nemen nadat het feitenonderzoek heeft verricht, bewijsmateriaal heeft verzameld en de relevante rechtsfeiten heeft vastgesteld. Neem de intrekking en terugvordering van een bijstandsuitkering. Als het bestuur daartoe over wil gaan, dan zal het aan bewijslevering moeten doen. Het kan immers pas zijn bestuursbevoegdheid uitoefenen, wanneer de feiten die deze bevoegdheid activeren in voldoende mate zijn vastgesteld. Het bestuur moet dus kunnen bewijzen dat de belanghebbende geen recht heeft op bijstand, bijvoorbeeld omdat een bank hem erop heeft geattendeerd dat de bijstandsontvanger vermogen in het buitenland heeft. Pas als het bestuur bewijs heeft verzameld en de rechtsfeiten heeft vastgesteld kan het een beschikking nemen, zoals stopzetting en terugvordering van de bijstandsuitkering. Op dit proces van feitenvaststelling is de Awb van toepassing. Precies

²⁴ Paragraaf 3.3.

²⁵ Paragraaf 3.1.

hier doet de *materiële* samenloop zich dan ook voelen. De vraag of de gegevensverstrekking door de bank aan het bestuur rechtmatig is betreft een bestuursrechtelijk én gegevensbeschermingsrechtelijk vraagstuk. Bestuursrechtelijk is de vraag of het bestuur de gegevens die van de bank zijn verkregen als bewijs mag gebruiken. Gegevensbeschermingsrechtelijk kan zich bijvoorbeeld de vraag aandienen of deze verstrekking wel proportioneel is (art. 5 AVG) of herleidbaar is tot een rechtsgrondslag (art. 6 AVG).

Uit het onderzoek is gebleken dat deze *materiële* samenloop ook *procesrechtelijke* consequenties heeft voor rechtsbescherming tegen gegevensverwerkingen door het bestuur.²⁶ Een belanghebbende kan tegen de verwerking van zijn gegevens die deel uitmaakt van de feitenvaststelling van een besluit opkomen op grond van het besluit ten behoeve waarvan deze zijn verwerkt. Wanneer hij tegen dit besluit via het klassiek besluitmodel bezwaar of beroep instelt, dan kan hij het standpunt innemen dat de persoonsgegevens die het bestuur aan dit besluit ten grondslag heeft gelegd – het bewijsmateriaal waarmee de rechtsfeiten zijn vastgesteld – onrechtmatig zijn verkregen. Is dat het geval, dan kan deze onrechtmatigheid onder omstandigheden ook vernietiging van het Awb-besluit tot gevolg hebben.

Wat betekent het bovenstaande voor de wijze waarop een betrokkene via het bestuursrecht kan ageren tegen een bestuurlijke gegevensverwerking? Om deze vraag te kunnen beantwoorden is een typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking geformuleerd, die verduidelijkt hoe de betrokkene toegang tot rechtsbescherming kan verkrijgen als hij tracht op te komen tegen de verwerking van zijn persoonsgegevens door een bestuursorgaan.²⁷

8.5 Bevinding IV – Het onderscheid tussen *autonoom* en *accessoir* opkomen

Uit de typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking volgt dat de vraag hoe de betrokkene toegang tot rechtsbescherming kan verkrijgen, afhangt van het *doel* dat hij met het bezwaar en beroep tegen de verwerking tracht te bereiken. In dit kader kan een conceptueel onderscheid worden gemaakt tussen de situatie waarin de betrokkene *autonoom* of *accessoir* opkomt tegen een gegevensverwerking.

Een betrokkene komt *autonoom* op wanneer hij enkel de rechtmatigheid van de verwerking ter discussie tracht te stellen.²⁸ Hij kan dan deze rechtmatigheid via het informatieverzoek-besluitmodel in bezwaar en in beroep aan de orde stellen. De betrokkene komt *accessoir* op tegen een bestuurlijke gegevensverwerking indien hij de rechtmatigheid ervan *in relatie tot* de feitenvaststelling van een Awb-besluit ter discussie tracht te stellen.²⁹ Wanneer de betrokkene zich niet kan verenigen met een Awb-besluit (een publiekrechtelijke rechtshandeling) omdat ten behoeve hiervan zijn gegevens onrechtmatig zijn verwerkt (een feitelijke handeling), dan kan hij via het klassiek besluitmodel de rechtmatigheid van beide handelingen betwisten.

²⁶ Paragraaf 3.4.

²⁷ Paragraaf 3.4 en 3.5.

²⁸ Paragraaf 3.4.2.

²⁹ Paragraaf 3.4.3.

De typologie is op drie punten nader verduidelijkt.³⁰ Het eerste punt ziet op de keuzevrijheid om autonoom of accessoir te ageren tegen een verwerking. Wanneer de verwerking een autonome (dat wil zeggen: een zuiver feitelijke) bestuurshandeling betreft, dan heeft de betrokkene geen keuzevrijheid. De verwerking houdt dan geen verband met een Awb-besluit, met als gevolg dat de betrokkene hiertegen alleen via het informatieverzoek-besluitmodel kan opkomen. Ten aanzien van de accessoire verwerking ligt de zaak anders. Als een verwerking deel uitmaakt van de feitenvaststelling van een Awb-besluit, dan heeft de betrokkene wel keuzevrijheid. Hij kan hiertegen accessoir (via het klassiek besluitmodel) evenals autonoom (via het informatieverzoek-besluitmodel) opkomen.

Het tweede punt betreft het feit dat de betrokkene erop bedacht moet zijn dat hij met deze beide beroepsmogelijkheden verschillende resultaten kan bereiken. Komt hij autonoom op tegen een verwerking, dan kan hij in bezwaar en beroep alleen een rechtsoordeel verkrijgen over de rechtmatigheid hiervan. In een procedure die is ingeleid via het informatieverzoek-besluitmodel kan de betrokkene dus niet een Awb-besluit waarvoor de gegevens zijn verwerkt ter discussie stellen. Doorredenerend op het voorbeeld inzake de bijstand (par. 8.4), betekent dit dat de betrokkene via het informatieverzoek-besluitmodel wél kan opkomen tegen de feitelijke bestuurshandeling, te weten de gegevensverstrekking door de bank aan het bestuur over zijn vermogen in het buitenland, maar niet tegen de publiekrechtelijke rechtshandeling, meer specifiek het Awb-besluit om de uitkering te stoppen.

Als de betrokkene via het klassiek besluitmodel opkomt tegen een accessoire verwerking, dan kan hij zowel opkomen tegen de verwerking als het besluit. In het voorbeeld inzake de bijstand zou de betrokkene op grond van het primaire besluit inzake de stopzetting van de uitkering kunnen stellen dat het bestuur in het besluitvormingsproces zijn persoonsgegevens onrechtmatig heeft verwerkt. Hij kan dan in bezwaar en beroep stellen dat dit besluit moet worden vernietigd, omdat het bewijs waarop het steunt – de gegevens die de bank heeft verstrekt – onrechtmatig is vergaard. Als vastgesteld wordt dat het bewijs onrechtmatig is verkregen, dient vervolgens beoordeeld te worden of bewijsuitsluiting moet plaatsvinden. Dit wordt bepaald op grond van het leerstuk van bewijsuitsluiting (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.

Het derde punt ziet op het leerstuk van formele rechtskracht. Wanneer een belanghebbende geen rechtsmiddelen aanwendt tegen een besluit, of wanneer hij onsuccesvol hiertegen bezwaar en beroep instelt, dan wordt het besluit rechtens onaantastbaar. Het besluit heeft dan *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 mogelijk onrechtmatig gegevens heeft verwerkt. Zo hebben de NOS en Nieuwsuur in 2023 onthuld dat het UWV sinds 2018 met het algoritme ‘Risicoscan Verblijf Buiten Nederland’ in strijd met de AVG persoonsgegevens heeft verwerkt die werden verkregen uit cookies.³¹ Op basis van deze informatie is de

³⁰ Paragraaf 3.5.

³¹ *Kamerstukken II 2023/34, Aangangsel van de Handelingen, 20232024-179, nr.179, p. 1-2.*

onderzoekswaardigheid van reeds verleende werkeloosheidsuitkeringen bepaald. In 460 gevallen heeft dit onderzoek geleid tot een besluit, zoals een bestuurlijke boete of de stopzetting en terugvordering van een uitkering.³² Tegen deze verwerkingen kunnen betrokkenen in beginsel autonoom opkomen via het informatieverzoek-besluitmodel. Maar kunnen zij hiertegen ook accessoir ageren? In dat geval ligt de zaak wat complexer. De besluiten ten behoeve waarvan de gegevens zijn verwerkt hebben inmiddels formele rechtskracht gekregen. Daarom kunnen betrokkenen in deze casus, strikt genomen, niet accessoir opkomen tegen deze onrechtmatige gegevensverwerkingen van het UWV en de Awb-besluiten die hieruit zijn voortgekomen. Desondanks heeft de Minister van SZW ervoor gekozen om deze ‘afgesloten zaken’ opnieuw te beoordelen. Dit betekent dat het UWV zal nagaan of de opgelegde boetes en de stopzettings- en terugvorderingsbesluiten herzien moeten worden op grond van de nieuwe inzichten inzake de onrechtmatige verwerking van gegevens in het algoritme *Risicoscan*.³³

Ook als politiek-bestuurlijke interventie achterwege blijft kan de belanghebbende in dergelijke situaties ageren tegen de accessoire verwerking en het besluit dat rehtens onaantastbaar is geworden. Dat kan hij doen door op grond van artikel 4:6 Awb een herzieningsverzoek in te dienen bij het bestuur.³⁴ Volgens dit artikel dient de belanghebbende nieuw gebleken feiten of omstandigheden (*nova*) te stellen. Deze verplichting is in de rechtspraak ietwat genuanceerd. Zo heeft de Afdeling gesteld dat het bestuur ‘in het algemeen bevoegd is om een herhaalde aanvraag inhoudelijk te behandelen en daarbij het oorspronkelijke besluit in volle omvang te heroverwegen. (...)’.³⁵ Hetzelfde geldt als de belanghebbende het bestuur verzoekt terug te komen op een ambtshalve genomen besluit. 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’.³⁶ Deze rechtspraak en artikel 4:6 Awb indachtig, zou de belanghebbende wiens gegevens in het *Risicoscan*-algoritme zijn verwerkt en hebben geresulteerd in een Awb-besluit, middels een herzieningsverzoek kunnen opkomen tegen zowel de verwerking als het besluit. Tot slot kan de betrokkene, als over het besluit waarvoor zijn gegevens zijn verwerkt door de rechter een onherroepelijke uitspraak is gewezen, de rechter kunnen verzoeken deze uitspraak te herzien. Dit kan op grond van artikel 8:119, eerste lid, Awb. De bestuursrechter kan tot een dergelijke herziening overgaan als er sprake is van nieuw gebleken feiten en omstandigheden die voor de uitspraak niet bekend waren, maar als ze dat wel waren geweest tot een andere uitspraak zouden hebben kunnen leiden. De situatie waarin jaren later blijkt dat onrechtmatige verwerkingen een rol hebben gespeeld bij de besluitvorming, zou mogelijk als een dergelijke omstandigheid kunnen kwalificeren.³⁷

32 *Kamerstukken II* 2023/34, Aanhangsel van de Handelingen, 20232024-179, nr.179, p. 8.

33 *Kamerstukken II* 2023/34, Aanhangsel van de Handelingen, 20232024-179, nr.179, p. 8.

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

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

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

37 Zie hierover ook HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, r.o. 5.1 en voetnoot 3 (*FSV I*).

8.6 Bevinding V – Beperkingen van de typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking

Aan de typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking ligt de veronderstelling ten grondslag dat bij voorbaat duidelijk is of een verwerking een autonoom of accessoir karakter heeft. Dat is in de praktijk echter niet altijd het geval. Een belangrijk voorbeeld vormen gegevensverwerkingen verricht in het kader van risicoprofilering. Uit het onderzoek is gebleken dat de verwerkingen die het bestuur verricht om burgers te profileren, en aan de hand daarvan de onderzoekswaardigheid van een te nemen of reeds genomen Awb-besluit te bepalen, zich lastig laten vangen door de typologie. Hiervoor bestaan verschillende redenen. Deels heeft dit te maken met het feit dat de bepalingen uit de AVG die zien op risicoprofilering (art. 4, onderdeel 4, AVG, art. 22 AVG en de bijbehorende transparantieplichten uit art. 13, 14 en 15 AVG) nauwelijks een rol lijken te spelen in de bestuursrechtelijke uitvoeringspraktijk.³⁸ Ook in bestuursrechtelijke procedures die zien op de inzet van risicoprofilering door bestuursorganen wordt hierop zelden een beroep gedaan. In plaats daarvan wordt vaak teruggegrepen naar het EVRM.³⁹ Het is maar de vraag hoe deze praktijk zich verhoudt tot onder meer artikel 8:69, tweede lid, Awb, op grond waarvan de bestuursrechter ambtshalve de rechtsgronden moet aanvullen. Het gegeven dat de bestuursrechter geschillen over gegevensverwerkingen voor profileringsdoeleinden enkel beslecht op basis van het EVRM en nauwelijks acht slaat op de AVG is lastig verenigbaar met deze plicht. In het licht van de effectieve doorwerking van Unierecht, waarvoor de bestuursrechter als Europese rechter ook verantwoordelijkheid draagt, ligt het in de rede dat hij beroepsgronden over de rechtmatigheid van profileringen ook over de band van artikel 22 AVG beoordeelt. Wellicht dat de zaak *Schufa I*, waarin het Hof van Justitie zich voor het eerst heeft uitgelaten over de vormen van profilering die onder de AVG vallen, hierin verandering brengt.

Wat mogelijk ook speelt is dat risicoprofilering een type verwerking betreft waarop het bestuursrecht lastig grip kan krijgen. De normen uit de Awb die zien op de feitenvaststelling in de primaire besluitvormingsfase schrijven namelijk niet dwingend voor hoe risicoprofilering bestuursrechtelijk moet worden gewaardeerd. Daardoor blijft ook onduidelijk of en, zo ja, wanneer en hoe het bestuur over de verwerking van persoonsgegevens voor profileringsdoeleinden transparantie moet bieden.

Enerzijds kan het standpunt worden ingenomen dat het risicosignaal, en daarmee de gegevensverwerking die het bestuur verricht om dit te vervaardigen, geen deel uitmaakt van de feitenvaststelling van een Awb-besluit.⁴⁰ In dit opzicht kan worden gesteld dat tussen de feitelijke handeling die het bestuur verricht om dit signaal te vervaardigen – de verwerking – en de publiekrechtelijke rechtshandeling – het besluit – een te gering verband bestaat. Het signaal heeft slechts een instrumenteel karakter, aangezien het bestuur op basis hiervan enkel bepaalt hoe intern de (vaak beperkte) menskracht wordt ingezet. Na dit signaal kan het bestuur het feitenonderzoek starten door zijn wettelijke onderzoeksbevoegdheden

38 Paragraaf 4.3.3.

39 Paragraaf 4.6.2.

40 Paragraaf 4.5.1.

aan te wenden, zoals het vorderen van inlichtingen of het afleggen van een huisbezoek. Het te nemen Awb-besluit, bijvoorbeeld de stopzetting van een uitkering, kan dan worden onderbouwd met het langs deze weg verkregen bewijsmateriaal. Het risicosignaal raakt in deze casus aldus aan het feitenonderzoek, maar maakt hiervan geen onderdeel uit. Als gevolg hiervan hoeft het bestuur in het besluit geen verantwoording af te leggen over de gegevensverwerking die het heeft verricht om het risicosignaal te vervaardigen.

Anderzijds kan het standpunt worden ingenomen dat het risicosignaal en daarmee de gegevensverwerking die het bestuur verricht om dit te vervaardigen wél deel uitmaakt van de feitenstelling van een Awb-besluit. Hiervoor kunnen twee redenen worden aangedragen.⁴¹ Allereerst bestaat er een causaal verband tussen de feitelijke gegevensverwerking die wordt verricht ter vervaardiging van het signalement en het Awb-besluit. Het risicosignaal vormt voor het bestuur immers de aanleiding om feitenonderzoek te doen en vervolgens een Awb-besluit te nemen.⁴² Op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel moet het signaal inzichtelijk worden gemaakt zodat het gecontroleerd kan worden.⁴³ Ten tweede kan het risicosignaal een aanmerkelijk effect hebben op de oordeelsvorming van het bestuur. De kans bestaat dat de menselijke beslismedewerker die na een dergelijk signaal feitenonderzoek doet zijn objectiviteit verliest. De eerste waarneming, te weten het risicosignaal, kan namelijk een stempel op dit proces drukken. Dit fenomeen staat in de cognitieve psychologie bekend als het *primacy effect*.⁴⁴ Ook ligt het risico van *confirmation* (of *automation*) *bias* op de loer: besluitnemers zijn doorgaans geneigd informatie te zoeken die in lijn is met bestaande opvattingen.⁴⁵ Dit verkleint de kans dat de beslismedewerker openstaat voor ontlastend bewijsmateriaal of alternatieve hypothesen.⁴⁶

De argumenten die pleiten voor de opvatting dat het risicosignaal onderdeel vormt van de feitenvaststelling van een Awb-besluit overtuigen meer dan de argumenten daartegen. De gegevensverwerking die het bestuur verricht om een dergelijk signalement te vervaardigen betreft immers niet een willekeurige feitelijke bestuurshandeling. Het is een handeling waarmee mede wordt bepaald of het bestuur gebruik zal maken van zijn bevoegdheid om macht uit te oefenen door eenzijdig een besluit te nemen waarmee de rechtspositie van de burger wordt gewijzigd. Daarmee kan deze feitelijke bestuurshandeling, resulterend in een risicosignaal, ontegenzeggelijk een stempel drukken op de bestuurlijke besluitvormingsprocedure. Berust het signaal op foutieve gegevens, wordt het onjuist geïnterpreteerd of is het op basis van discriminatoire gronden vervaardigd, dan kan dit voor de burger grote nadelige (bestuursrechtelijke) gevolgen hebben.

41 Paragraaf 4.5.1.

42 Conclusie A-G Niessen 17 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:617, r.o. 5.6 (FSV I).

43 Raad van State 2021, p. 88.

44 Enneking, Giesen & Rijnhout 2013, p. 1066.

45 Enneking, Giesen & Rijnhout 2013, p. 1049; Giest & Grimmelikhuijsen 2020; Giest & Grimmelikhuijsen 2020, p. 409-417; Peeters 2020, p. 507-522; Goossens, Hirsch Ballin & Van Vugt 2021, p. 8; Young e.a. 2021, p. 251. Alon-Barkat en Busuioc vinden in de door hen verrichte empirische studies echter geen bewijs voor automation bias. Zie: Alon-Barkat & Busuioc 2023, p. 164-166.

46 Çapkurt & Schuurmans 2021, p. 606-607.

8.7 Bevinding VI – Doorwerking via beginselen en het leerstuk van bewijsuitsluiting

Bij de rechtsbescherming tegen accessoire gegevensverwerkingen spelen de bestuursrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur, de beginselen van gegevensverwerking uit de AVG en het leerstuk van bewijsuitsluiting een cruciale rol. De (samenhangende) normering door deze beginselen is van groot belang uit een oogpunt van rechtsbescherming en zou vanuit dat perspectief verder kunnen worden ontwikkeld en versterkt.

Om accessoir te kunnen opkomen tegen een verwerking, moet de betrokkene eerst *weten* dat het bestuur zijn gegevens heeft verwerkt. Hierbij rijst de vraag of en, zo ja, *wanneer* het bestuur de betrokkene over deze verwerking moet informeren. Ingeval van een accessoire verwerking voor profileringsdoeleinden, zo is betoogd in dit proefschrift, ligt het voor de hand deze transparantie te bieden in het besluit ten behoeve waarvan de gegevens zijn verwerkt. Het bieden van zulke transparantie is in lijn met de bestuursrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel. Op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb) moet het bestuur bij de voorbereiding van een besluit immers zorgvuldig feitenonderzoek verrichten. De burger moet kunnen controleren of de door het bestuur gehanteerde onderzoeksmethode – waaronder de mogelijk toegepaste profilering – rechtmatig, objectief en verifieerbaar is. Op grond van het motiveringsbeginsel (art. 3:46 en 3:47 Awb) moet het bestuur in het besluit het feitenonderzoek dat hieraan ten grondslag ligt, waaronder de verrichte profilering, kenbaar maken. Dit zorgt ervoor dat het bestuur uit eigen beweging verantwoording aflegt over deze profilering en het ontstaan van een ongelijkwaardige procespositie tussen partijen wordt vermeden. In lijn met het beginsel van *equality of arms* zou de burger dan in staat worden gesteld om te controleren of en, zo ja, hoe zijn gegevens voor profileringsdoeleinden zijn verwerkt, en of het feitenonderzoek rechtmatig door het bestuur is gestart.⁴⁷

Wel kan in dit verband de vraag worden gesteld op welke wijze het bestuur in het besluit de accessoire gegevensverwerking moet toelichten. Welke elementen moet deze motivering bevatten? Een mogelijk antwoord bieden de beginselen van gegevensverwerking die in artikel 5 AVG zijn neergelegd.⁴⁸ Het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel vereisen als gezegd dat het bestuur bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis en relevante feiten moet vergaren en het besluit moet motiveren. De AVG kan deze bestuursrechtelijke vereisten nader vormgeven. Artikel 5, eerste lid, AVG bevat namelijk zes beginselen van gegevensverwerking: 1) rechtmatigheid; 2) behoorlijkheid en transparantie; 3) doelbinding; 4) dataminimalisatie; 5) juistheid en opslagbeperking; en 6) integriteit en vertrouwelijkheid. Wanneer het bestuur persoonsgegevens verwerkt in besluitvormingsprocedures, kunnen deze zes beginselen het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel nader inkleuren. Bovendien geldt nu al dat het bestuur op grond van artikel 5, tweede lid, AVG de naleving

⁴⁷ Bovendien is deze benadering in lijn met de rechtsregel uit *AERIUS I*, waarin de Afdeling het bestuur verplichtte volledig, tijdig en uit eigen beweging de in de programmatische aanpak stikstof gemaakte keuzes op een passende wijze openbaar te maken, zodat hiertegen reële bestuursrechtelijke rechtsbescherming kan worden geboden. Zie hierover ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.3 en 14.4 (*AERIUS I*).

⁴⁸ Paragraaf 4.5.1. Deze analyse bouwt voort op Çapkurt 2021.

van deze beginselen moet kunnen aantonen. Wanneer een accessoire gegevensverwerking deel uitmaakt van de feitenvaststelling van een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, dan vormt dit Awb-besluit hiervoor een uitstekend instrument. In het besluit zou het bestuur kunnen motiveren hoe de beginselen uit artikel 5 AVG bij de verrichte verwerking in acht zijn genomen. Op basis van het leerstuk van bewijsuitsluiting kan dan in bezwaar en beroep worden beoordeeld of het bewijs waarop het besluit steunt in lijn met de verordening is vergaard en het besluit kan dragen. In dit verband moet de aankomende jaren in de rechtspraak duidelijkheid worden gecreëerd over de vraag in hoeverre, het arrest *FSV I* indachtig, bewijsuitsluiting moet plaatsvinden wanneer het bewijs in strijd met de AVG is verkregen.⁴⁹

Ten aanzien van autonome gegevensverwerkingen ligt de zaak echter anders. In dat geval is er immers geen sprake van een Awb-besluit, zodat het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs ook niet als vehikel kunnen fungeren om het gegevensbeschermingsrecht te laten doorwerken in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De betrokkene kan hiertegen aldus enkel ageren via het informatieverzoek-besluitmodel.

8.8 Bevinding VII – Een blinde vlek voor het informatieverzoek-besluitmodel

Uit het informatieverzoek-besluitmodel volgt dat aan twee vereisten moet zijn voldaan om via het bestuursrecht op te kunnen komen tegen een gegevensverwerking door het bestuur.⁵⁰ Allereerst moet er sprake zijn van een informatieverzoek van een betrokkene. Dit verzoek moet zien op de verwezenlijking van subjectieve informatierechten die in artikel 15-22 AVG zijn neergelegd. Daarnaast moet er een bestuursorgaan in het spel zijn. Alleen de schriftelijk beslissing van een bestuursorgaan geldt op basis van artikel 34 Uitvoeringswet AVG als een besluit in de zin van de Awb. Uit rechtspraakonderzoek volgt dat in de praktijk beide vereisten problemen kunnen opleveren.

Eerst het bestuursorgaanbegrip. Doorgaans leidt dit in gegevensbeschermingszaken niet tot knelpunten.⁵¹ Een belangrijke uitzondering vormt de situatie waarin een publieke taak is ondergebracht bij een private rechtspersoon. Er is dan ontegenzeggelijk sprake van een gegevensverwerking in de publieke sector, maar dat betekent nog niet dat de betrokkene tegen deze verwerking kan ageren via het bestuursrecht. Deze situatie doet zich onder meer voor ten aanzien van de gegevensverwerkingen die het Inlichtingenbureau en Veilig Thuis-organisaties verrichten.

Eerst de verwerkingen van het Inlichtingenbureau.⁵² Deze private stichting, opgericht door het Ministerie van SZW en de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG), koppelt en analyseert in opdracht van bestuursorganen op grote schaal gegevensbestanden van bestuursorganen voor onder meer handavingsdoeleinden. Daarmee tracht het te controleren of een burger nog voldoet aan de wettelijke vereisten die gelden voor een voorziening,

49 Paragraaf 4.6.1.4.

50 Paragraaf 5.4.1.

51 Paragraaf 5.4.5.

52 Paragraaf 4.6.3 en 5.4.5.

zoals een bijstandsuitkering. Uit deze verwerking kan een signalement voortvloeien. Een dergelijk signaal zendt het Inlichtingenbureau vervolgens terug naar het bestuursorgaan dat de uitkering verstrekt. Dat orgaan kan dan additioneel handhavingsonderzoek doen naar de verstrekte uitkering. Betrokkenen kunnen via het informatieverzoek-besluitmodel niet direct ageren tegen de verwerkingen die het Inlichtingenbureau verricht. Het Inlichtingenbureau is weliswaar een verwerkingsverantwoordelijke in de zin van de AVG, maar het is geen b-bestuursorgaan. Wil een betrokkene zijn informatierechten uitoefenen jegens het Inlichtingenbureau zelf, dan zal hij zich in beginsel conform artikel 35 Uitvoeringswet AVG moeten wenden tot de civiele rechter.⁵³

Dan de Veilig Thuis-organisaties.⁵⁴ Deze organisaties verrichten gegevensverwerkingen om meldingen van kindermishandeling en huiselijk geweld te registreren. Voor de uitvoering van die publieke taak uit de Wmo 2015 verwerken deze organisaties ook persoonsgegevens. In sommige regio's is Veilig Thuis ondergebracht in een stichting. Dan kan de betrokkene niet via het informatieverzoek-besluitmodel ageren tegen de gegevensverwerkingen van Veilig Thuis. Deze organisatie is immers niet met openbaar gezag bekleed en kwalificeert daarom niet als een b-bestuursorgaan. Een complicerende factor in dit verband is dat in sommige regio's Veilig Thuis is ondergebracht bij een publiekrechtelijke gemeenschappelijke regeling. De betrokkene kan dan wél via artikel 34 Uitvoeringswet AVG opkomen tegen de gegevensverwerkingen. Vanuit het perspectief van de betrokkene is deze gespletenheid in rechtsbescherming lastig te rechtvaardigen.

Dan het vereiste van een informatieverzoek. Het informatieverzoek-besluitmodel berust impliciet op de aanname dat de betrokkene weet dat hij éérs een AVG-informatieverzoek moet indienen bij het bestuur om zijn subjectieve informatierechten te effectueren. Pas wanneer het bestuur hierop schriftelijk heeft gereageerd, is er sprake van een besluit waartegen bezwaar en beroep kan worden aangetekend. Lang niet iedere betrokkene is zich er echter van bewust dat hij eerst een informatieverzoek moet indienen bij het bestuur om de rechtmatigheid van een verwerking ter discussie te kunnen stellen. Rechtspraakonderzoek laat zien dat er betrokkenen zijn die, zonder een beroep te doen op informatierechten, zich bij het bestuur verzetten tegen de verwerking van hun gegevens en verzoeken die te beëindigen wegens strijdigheid met het recht.⁵⁵ Ook komt het voor dat betrokkenen, bijvoorbeeld nadat zij van het bestuur hebben vernomen dat hun persoonsgegevens zijn verwerkt, krachtens artikel 6:4 Awb direct bezwaar maken tegen deze verwerking. Zij verkeren dan ten onrechte⁵⁶ in de veronderstelling dat de informerende brief een besluit is waartegen via het klassiek besluitmodel rechtsmiddelen kunnen worden aangewend.

53 Rb. Amsterdam 9 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1110 (*X/Stichting Inlichtingenbureau*). Pas wanneer het Inlichtingenbureau een risicosignalement vervaardigt ten aanzien van een betrokkene en dit aan een bestuursorgaan verstrekt, kan hij hiertegen opkomen via het informatieverzoek-besluitmodel. Het is echter maar de vraag in hoeverre dit bestuursorgaan daadwerkelijk kan toelichten hoe de verwerking die heeft geresulteerd in het signalement heeft plaatsgevonden. Dat orgaan heeft immers niet het signaal vervaardigd. Het Inlichtingenbureau doet dat.

54 Paragraaf 5.4.5.

55 Paragraaf 5.4.3 en 5.4.4.

56 Zie ter illustratie: Rb. Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:797 (*Treiteraanpak I*). Zie in vergelijkbare zin: ABRvS 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1114, r.o. 4 (*Arnhemse afvalpas*); Rb. Gelderland 23 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4106 (*Arnhemse afvalpas*).

Uit het rechtspraakonderzoek dat in hoofdstuk 5 van het proefschrift is verricht volgt dat bestuursorganen uiteenlopend omgaan met situaties waarin betrokkenen zich verzetten tegen een verwerking, maar het informatieverzoek-besluitmodel links laten liggen. Enerzijds zijn er organen die de klachten over de verwerking opvatten als een informatieverzoek en op grond van artikel 34 Uitvoeringswet AVG een Awb-besluit nemen. Daarmee passen zij het informatieverzoek-besluitmodel *contextueel* toe: wat de betrokkene inhoudelijk aanvoert over de verwerking is voor hen bepalend voor het antwoord op de vraag of beoogd is een informatieverzoek in te dienen.⁵⁷ Het bestuur past dan uit eigen beweging de juiste juridische regels toe die voor het geschil met de burger relevantie hebben. Een dergelijke interventie is in feite eigen aan het bestuursrecht. Uit vaste bestuursrechtspraak volgt immers dat bestuursorganen geschriften van burgers uit eigen beweging 'naar hun juridische strekking' moeten beoordelen.⁵⁸ Dergelijk proactief bestuurshandelen sluit bovendien naadloos aan bij de ontwikkeling richting een meer responsief of meer 'mensgericht' bestuursrecht. Over dit concept wordt in de literatuur uiteenlopend gedacht.⁵⁹ Er bestaat echter consensus over het feit dat in de responsiviteitsreflex besloten ligt dat bestuursorganen een rechtsstatelijke zorgplicht hebben. Zo dienen zij meer rekening te houden met het soms beperkte doenvermogen van de burger, die lang niet altijd rationeel kan handelen en over voldoende informatie beschikt om zijn eigen rechten en plichten te verwezenlijken.⁶⁰ Deze zorgplicht vereist dat bestuursorganen aan de burger een zekere ondersteuning bieden om zijn rechten (en plichten) te verwezenlijken.⁶¹ Bestuursorganen die uit eigen beweging het informatieverzoek-besluitmodel contextueel toepassen, handelen in de geest van die zorgplicht plicht.

Anderzijds zijn er bestuursorganen die in situaties waarin betrokkenen klagen over een gegevensverwerking maar geen beroep doen op hun informatierechten, het informatieverzoek-besluitmodel links laten liggen, bewust of onbewust. Uit geanalyseerde uitspraken volgt dat zij in dat geval veelal enkel nagaan of volgens het klassiek besluitmodel rechtsmiddelen kunnen worden aangewend tegen de gegevensverwerking. In deze zaken wordt door de bestuursorganen in kwestie veelal in herinnering gebracht dat hiertegen via dit model niet kan worden opgekomen. Tegelijkertijd miskennen zij hiermee dat krachtens het informatieverzoek-besluitmodel, zij het exceptief, wél bezwaar en beroep kan worden ingesteld tegen een gegevensverwerking. De les die hieruit getrokken kan worden is dat niet alleen betrokkenen, maar soms ook bestuursorganen een blinde vlek hebben voor het informatieverzoek-besluitmodel.

Uit rechtspraakonderzoek is het beeld gerezen dat bestuursrechters verschillend omgaan met het ongebruikt laten van het informatieverzoek-besluitmodel door het bestuur. Zo zijn er rechters die het bestuur hierin corrigeren.⁶² Zij stellen dat de klacht van de betrokkene

57 Paragraaf 5.3.2.

58 CRvB 10 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1837 (*Beoordeling geschriften naar juridische strekking*). Schlössels en Zijlstra stellen op basis van rechtspraak van de CRvB dat het bestuur een verzoek van de burger voldoende ruim moet interpreteren, 'zodat het tegemoetkomt aan de ratio van de aanvraag'. Zie: Schlössels & Zijlstra 2017, p. 304.

59 Van den Berge 2020, p. 10-11.

60 WRR 2017; Scheltema 2018, p. 120-121; Van den Berge 2020, p. 10-11.

61 Ippel & Scheltema 2023, p. 22-23.

62 Paragraaf 5.4.3.

over de gegevensverwerking ten onrechte niet is opgevat als een AVG-informatieverzoek en dragen het bestuur alsnog op een besluit te nemen en de rechtmatigheid van de verwerking te beoordelen, of voorzien zelf in de zaak door in beroep de verwerking te toetsen. Deze rechterlijke interventie heeft tot gevolg dat de betrokkene toch toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming verkrijgt en een inhoudelijk rechtsoordeel ontvangt over de rechtmatigheid van de betreffende gegevensverwerking.

Er zijn echter ook bestuursrechters die niet corrigerend optreden.⁶³ De betrokkene kan dan niet, of pas na een procedurele omweg, toegang tot rechtsbescherming verkrijgen. Aan de uitspraken die onder deze jurisprudentiële lijn vallen, valt op dat de bestuursrechters in zulke situaties vooral lijken te redeneren vanuit het klassiek besluitmodel in de strikte zin van het woord. Zij controleren of het geschil, meer specifiek de klacht van de betrokkene over de gegevensverwerking, ziet op een appellabel besluit. Of het bestuur heeft nagelaten de bezwaren van de betrokkene tegen de verwerking op te vatten als een AVG-informatieverzoek als bedoeld in artikel 34 Uitvoeringswet AVG, wordt echter niet onderzocht. Aldus houden bestuursrechters in dit geval vast aan het klassiek besluitmodel en laten ook zij het informatieverzoek-besluitmodel links liggen, waardoor de betrokkene geen toegang tot rechtsbescherming kan verkrijgen, althans niet zonder een procedurele omweg. De les die hieruit kan worden getrokken is dat niet alleen betrokkenen en bestuursorganen, maar ook de bestuursrechters soms een blinde vlek hebben voor dit model.

Ook buiten de rechtspraak stuit artikel 34 Uitvoeringswet AVG bij tijd en wijle op onbegrip. Illustratief is de evaluatie van deze wet die in opdracht van het WODC is verricht. Hierin wordt gesteld dat de Uitvoeringswet AVG 'geen mogelijkheid [kent] om door middel van het bestuursrecht het achterliggend bestuurlijk handelen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens zelf aan de rechter voor te leggen'.⁶⁴ Als gezegd biedt artikel 34 Uitvoeringswet AVG wel degelijk de mogelijkheid dit te doen, en wel middels een exceptieve toetsing op basis van het wissingsrecht. De Uitvoeringswet AVG behoeft daarom op dit punt nadere explicitering. Anders kan deze stelling verworden tot een hardnekkige mythe. Dit lijkt al enigszins te gebeuren. Het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties gaat bijvoorbeeld in een rapport over online-onderzoek in het kader van de handhaving van de openbare orde bijvoorbeeld mee in het narratief dat op grond van de Uitvoeringswet AVG tegen feitelijke gegevensverwerkingen door het bestuur geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming zou openstaan.⁶⁵

In het bestuursrecht wordt gesteld dat een rechtzoekende niet noodzakelijkerwijs hoeft te beschikken over juridische kennis om een zinvolle procedure te starten over het probleem waar de rechtzoekende tegenaan loopt.⁶⁶ Hij moet 'gewoon zeggen waarom hij het niet

63 Paragraaf 5.4.4.

64 Pro Facto & Hooghiemstra en Partners 2022, p. 42.

65 Zie: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2023, p. 19. "Artikel 34 UAVG beperkt zich tot de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in relatie tot verzoeken van betrokkene ten aanzien van zijn/haar rechten op grond van de AVG in die zin dat een beslissing op een dergelijk verzoek wordt aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb. De UAVG voorziet niet in bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen feitelijk bestuurshandelingen op grond van de (U)AVG."

66 Commissie Schueler 2023, p. 72.

eens is met het besluit'. Het rechtspraakonderzoek dat in hoofdstuk 5 is gedocumenteerd laat zien dat dit mantra maar ten dele opgaat voor het gegevensbeschermingsrecht. Als een betrokkene tegen het bestuur gewoon zegt dat hij het niet eens is met de wijze waarop het zijn persoonsgegevens heeft verwerkt, dan is er een grote kans dat bestuursorganen en bestuursrechter, als deze geen of onvoldoende kennis hebben van het informatieverzoek-besluitmodel, zich hierover niet eens inhoudelijk zullen buigen. Via het klassiek besluitmodel, zo wordt dan geredeneerd, kunnen immers geen rechtsmiddelen worden aangewend tegen feitelijk bestuurshandelen.

8.9 Bevinding VIII – Divergentie in de toepassing van subjectieve informatierechten

Middels een exceptieve toetsing op grond van het wissingsrecht kan een betrokkene de rechtmatigheid van een gegevensverwerking door het bestuur in bezwaar en beroep laten beoordelen.⁶⁷ Er bestaat dan namelijk *connexiteit* tussen het ingeroepen informatierecht en de rechtmatigheidsvraag. Maar deze exceptieve toets kan niet altijd plaatsvinden. Als het bestuur de gewraakte gegevens heeft verwijderd, heeft de betrokkene geen procesbelang meer bij de effectuering van het wissingsrecht. Het bestuur en de rechter hoeven de rechtmatigheid van de verwerking dan niet meer te beoordelen.

Kan de betrokkene ook via andere subjectieve informatierechten uit de AVG de rechtmatigheid van een verwerking exceptief laten toetsen door de rechter? Op basis van een contextuele lezing van de tekst van de AVG zou betoogd kunnen worden dat de rechtmatigheidsvraag ook relevant is voor de verwezenlijking van het inzagerecht en het recht van bezwaar.⁶⁸ Eerst het inzagerecht. Op basis van artikel 15 AVG kan de betrokkene inzage vorderen in de verwerking van zijn gegevens. In dit artikel staat niet expliciet dat de rechtmatigheidsvraag relevantie heeft voor de verwezenlijking van dit recht. Op basis van een tekstuele interpretatie van de bepaling zou kunnen worden gesteld dat er geen *connexiteit* bestaat tussen het inzagerecht en de rechtmatigheid van de verwerking. In de considerans van de AVG legt de Uniewetgever echter de nadruk op de controlefunctie van het inzagerecht. De betrokkene moet de verwerking van zijn gegevens kunnen inzien zodat hij 'de rechtmatigheid daarvan kan controleren'. Op basis van een contextuele interpretatie kan men dus wel stellen dat er sprake is van *connexiteit*.

In de bestuursrechtspraak bestaat er divergentie in de toepassing van het inzagerecht. Enerzijds zijn er rechters die in procedures die zijn ingeleid via dit recht de rechtmatigheid van gegevensverwerkingen inhoudelijk beoordelen.⁶⁹ Zij gaan ervan uit dat de rechtmatigheidsvraag binnen de omvang van het geding valt. Via het aan hen voorgelegde Awb-besluit – het inzagebesluit – beoordelen ze dan de rechtmatigheid van de feitelijke verwerking die het bestuur heeft verricht. Zulke rechters lijken het inzagerecht dus contextueel te interpreteren, in het licht van de considerans van de AVG. Deze jurisprudentielijn overtuigt, omdat zo recht wordt gedaan aan het doel en ratio van het recht op inzage, een subjectief recht van de betrokkene. Uit de considerans van de AVG volgt immers ontegenzeggelijk

⁶⁷ Paragraaf 6.3.1.

⁶⁸ Paragraaf 6.3.2 en 6.3.3.

⁶⁹ Paragraaf 6.5.2.1.

dat het inzagerecht een instrument van de betrokkene is waarmee hij kan controleren of zijn gegevens rechtmatig zijn verwerkt. Het Hof van Justitie heeft in meerdere zaken benadrukt dat dit inderdaad het oogmerk van het inzagerecht is.⁷⁰

Anderzijds zijn er ook rechters die stellen dat in bezwaar- en beroepsprocedures die zijn ingeleid middels het inzagerecht de rechtmatigheid van een gegevensverwerking van het bestuur niet kan worden beoordeeld.⁷¹ Opmerkelijk hieraan is dat deze bestuursrechters niet vanuit het perspectief van de betrokkene kijken naar het oogmerk van dit subjectief informatierecht. Zij redeneren veeleer op basis van de bestuursbevoegdheid van het orgaan dat het inzagebesluit heeft genomen. Deze redenering gaat op hoofdlijnen als volgt. Op basis van een inzageverzoek van een betrokkene neemt het bestuur op grond van artikel 34 Uitvoeringswet AVG een inzagebesluit. Het inzagerecht van artikel 15 AVG vormt de rechtsgrondslag van dit besluit. Vervolgens bekijken de rechters of het inzagebesluit van het bestuur voldoet aan dit artikel. Daarbij kan worden gedacht aan de volgende vragen: heeft het bestuur aan de betrokkene conform deze bepaling inzage geboden in de verwerkte gegevens, is het verwerkingsoverzicht van het bestuur volledig, en zijn er fouten gemaakt in het verstrekte overzicht? Omdat de tekst van artikel 15 AVG niet expliciet stelt dat de rechtmatigheid van de verwerking relevantie heeft voor de verwezenlijking van het inzagerecht, zou de rechtmatigheidsvraag buiten de reikwijdte van het inzagebesluit vallen. Dit kleurt de afbakening van de omvang van het geding in bezwaar en beroep. Tekent de betrokkene bezwaar aan tegen een inzagebesluit, dan blijft de heroverweging die het bestuur op grond van artikel 7:11 Awb moet verrichten beperkt tot de vraag of dit besluit voldoet aan artikel 15 AVG.⁷² Wanneer het bestuur de *rechtmatigheid* van de verwerking zou beoordelen, dan zou het in deze opvatting in strijd met artikel 7:11 Awb handelen.⁷³ Dit gegeven werkt vervolgens door in de rechterlijke fase. Indien de rechtmatigheidsvraag buiten de beslissing op bezwaar valt, dan kan de bestuursrechter zich hierover in beroep niet buigen.

Bij deze jurisprudentielijn kunnen twee kanttekeningen worden geplaatst. Allereerst is het maar de vraag in hoeverre de bestuursrechter daarmee in de geest van de AVG handelt. Uit de considerans van de AVG volgt immers dat het inzagerecht tot doel heeft de betrokkene in staat te stellen de rechtmatigheid van een verwerking te controleren. Maar hier lijkt de effectuering van dit subjectieve informatierecht juist te worden gefrustreerd door bestuursrechters. De reden daarvoor is gelegen in het feit dat zij niet redeneren vanuit het perspectief van de betrokkene en de subjectieve rechten die hij ontleent aan het Unierecht, maar het inzagebesluit van het bestuur vooropstellen. In de literatuur wordt dit aspect van het besluitgeoriënteerde karakter van het bestuursprocesrecht niet opgemerkt. Ten tweede is het maar de vraag of het bestuur daadwerkelijk de grenzen van artikel 7:11 Awb overschrijdt door in bezwaar te oordelen over de rechtmatigheid van een verwerking die in een inzagebesluit is opgenomen. Artikel 7:11 Awb verlangt een volledige heroverweging. Als het bestuur in een primair inzagebesluit aan de betrokkene informatie verschaft over

70 Paragraaf 6.5.1.1 en 6.5.2.1.

71 Paragraaf 6.5.1.1 en 6.5.1.2.

72 Paragraaf 6.5.1.1.

73 Zie ter illustratie: Rb. Rotterdam 11 januari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:168, r.o. 8.2 (*Gegevens-uitwisseling Rotterdam – Stichting Woonbron*).

de wijze waarop het zijn gegevens heeft verwerkt, dan geeft het impliciet ook een oordeel over de rechtmatigheid van de verwerking. In het inzagebesluit dient het bestuur conform artikel 15 AVG immers te motiveren voor welke doeleinden de gegevens van de betrokkene zijn verwerkt. Hiermee voldoet het bestuur feitelijk aan artikel 5, tweede lid, AVG, waaruit volgt dat de verwerkingsverantwoordelijke verantwoordelijk is voor de naleving van de verwerkingsbeginselen, waaronder het beginsel van rechtmatigheid, behoorlijkheid en transparantie en dat van doelbinding. Door de verwerkingen en de doeleinden ervan in het inzagebesluit te expliciteren en te motiveren, voldoet het bestuur aan deze verantwoordingsplicht. Daarmee kan worden gesteld dat het bestuur de verwerkingen die in het primaire inzagebesluit zijn opgenomen zelf rechtmatig acht, met als gevolg dat de rechtmatigheidsvraag niet losstaat van het inzagebesluit en aldus onderdeel kan uitmaken van de heroverweging in bezwaar.

Dan het recht van bezwaar, dan ten tijde van Richtlijn 95/46 en de Wbp het recht op verzet heette. Op grond van artikel 21 AVG heeft de betrokkene te allen tijde het recht om wegens met zijn specifieke situatie verband houdende redenen bezwaar te maken tegen de verwerking van zijn gegevens. Maar wanneer houdt een bezwaar verband met zijn specifieke situatie? Kan het betoog van een betrokkene dat een bestuursorgaan zijn gegevens onrechtmatig heeft verwerkt worden opgevat als een met zijn specifieke situatie verband houdende reden? Wanneer deze vraag bevestigend wordt beantwoord, dan kan de betrokkene in een procedure die is ingeleid via artikel 21 AVG de rechtmatigheid van een verwerking in bezwaar en beroep ter discussie stellen. Luidt het antwoord echter ontkennend, dan kan hij in een procedure die is gestart met een beroep op het recht van bezwaar de rechtmatigheid van de verwerking niet aanvechten.

Precies op dit punt bestaat in de bestuursrechtspraak divergentie. Enerzijds zijn er bestuursrechters die stellen dat de betrokkene via artikel 21 AVG de rechtmatigheid van een verwerking wel ter discussie kan stellen.⁷⁴ Anderzijds zijn er bestuursrechters die stellen dat er geen connexiteit bestaat tussen de rechtmatigheidsvraag en dit subjectief recht.⁷⁵ Deze divergerende lijnen lijken een erfenis uit het Wbp-tijdperk te zijn. Ook toen waren bestuursrechters onderling verdeeld over de vraag of er connexiteit bestond tussen het verzetsrecht en de rechtmatigheid van een verwerking. Deze onduidelijkheid deed zich prominent voor in rechtspraak van de Afdeling over de verstrekking van inkomensgegevens door de Belastingdienst aan woningcorporaties. In *Scheefwonen I* stelde de Afdeling dat de betrokkene via het verzetsrecht de rechtmatigheid van deze verstrekking ter discussie kon stellen.⁷⁶ Enkele jaren later overwoog zij in *Scheefwonen IV* echter dat het betoog dat de Belastingdienst persoonsgegevens onrechtmatig zou hebben verwerkt irrelevant zou zijn in het kader van een procedure over het verzetsrecht.⁷⁷

Deze divergentie in de toepassing van het inzagerecht en het bezwaarrecht kan vanuit verschillende perspectieven worden beoordeeld. Allereerst het perspectief van de betrokkene. Betoogd zou kunnen worden dat vanuit dit perspectief de problemen die deze

⁷⁴ Paragraaf 6.5.2.1.

⁷⁵ Paragraaf 6.5.1.2.

⁷⁶ ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:253 (*Scheefwonen I*).

⁷⁷ ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1375, r.o. 3.2 (*Scheefwonen IV*).

divergentie met zich meebrengt relatief zijn. Een betrokkene die middels artikel 15 of 21 AVG tevergeefs tracht de rechtmatigheid van een verwerking aan te vechten, kan immers nog altijd een nieuwe AVG-procedure starten. Hij moet dan een wissingsverzoek indienen bij het bestuur, om zo de rechtmatigheidsvraag exceptief aan de orde te stellen. Tegelijkertijd kan worden opgemerkt dat dan het geschil gefragmenteerd raakt. Ook maakt dit beslechting van het geschil omslachtig, aangezien de bestuursrechtelijke procedure alleen maar langer en complexer wordt. Tevens vergt deze aanpak het nodige van de betrokkene. Hij dient te beschikken over het doorzettingsvermogen om te blijven procederen wanneer hij aanvankelijk zonder succes een beroep doet op een informatierecht om de rechtmatigheid aan te vechten. Daarmee is deze gang van zaken lastig te verenigen met de uitgangspunten van het bestuursprocesrecht, waarbij 'lage eisen worden gesteld aan de juridische kennis en de procedeevaardigheid van de burger'.⁷⁸

Zo bezien is het maar de vraag of de keuzevrijheid die de Afdeling aan het bestuur heeft geboden in *Dossier Koevinkje* vanuit het burgerperspectief opportuun is.⁷⁹ In deze zaak heeft zij zich gebogen over de wijze waarop het bestuur moet handelen als de betrokkene de procedure inleidt met een inzageverzoek, maar in bezwaar een ander informatierecht inroept om de rechtmatigheid van een gegevensverwerking aan te vechten. Volgens sommigen zou het bestuur wegens artikel 7:11 Awb dan in bezwaar niet mogen oordelen over het wissingsverzoek, omdat het primaire besluit ziet op de verwezenlijking van het inzagerecht. In *Dossier Koevinkje* overweegt de Afdeling echter dat het bestuur in deze situatie de keuzevrijheid heeft om deze informatieverzoeken al dan niet samen te voegen. Op het eerste oog klinkt dit sympathiek. Het bestuur kan zo immers maatwerk leveren en per casus bepalen of samenvoeging zinnig is of dat een nieuwe AVG-procedure moet worden gestart. Maar voor de betrokkene kan deze rechtsregel ook tot rechtsonzekerheid leiden. De Afdeling verduidelijkt namelijk niet hoe het bestuur gebruik dient te maken van zijn keuzevrijheid. Wanneer is samenvoeging opportuun en wanneer niet? De praktijk zal dit moeten uitwijzen.

De divergentie in de toepassing van het inzagerecht en bezwaarrecht kan ook vanuit het perspectief van de beginselen van rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid worden bekeken. Wetgeving moet consistent worden toegepast, zodat eenieder in gelijke gevallen een gelijke behandeling verkrijgt. Dat draagt bij aan de verwezenlijking van het rechtszekerheidsbeginsel. Bezien vanuit deze drie beginselen is de geconstateerde jurisprudentiële divergentie problematisch. Artikel 15 en 21 AVG worden inconsistent toegepast (gebrek aan rechtseenheid), waardoor betrokkenen in gelijke gevallen ongelijk worden behandeld (gebrek aan rechtsgelijkheid), met als gevolg dat zij niet weten waar zij aan toe zijn wanneer zij het inzagerecht en bezwaarrecht effectueren (gebrek aan rechtszekerheid). Deze divergentie is overigens allerminst nieuw. Zij is ontstaan ten tijde van Richtlijn 95/46, die in 2001 in de Wbp is geïmplementeerd.

Dit roept de vraag op hoe op dit punt convergentie kan worden bewerkstelligd. Hiervoor is allereerst vereist dat bestuursrechters zich ervan bewust zijn dat deze AVG-informatierechten

⁷⁸ Commissie Schueler 2023, p. 63.

⁷⁹ Paragraaf 6.5.2.2 en ABRvS 31 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:675 (*Dossier Koevinkje*).

inconsistent worden geïnterpreteerd. Hierin ligt een belangrijke taak besloten voor de Afdeling. Als hoogste algemene bestuursrechter in gegevensbeschermingszaken heeft zij als taak de rechtseenheid in dit rechtsgebied te bevorderen. Dat kan zij doen door ten aanzien van de toepassing van artikel 15 en 21 AVG consistente lijnen uit te zetten en deze te bewaken. Ook rechtswetenschappers hebben in dit opzicht een belangrijke taak. Het kritisch volgen van jurisprudentie vormt immers een belangrijk onderdeel van hun werk. Aan de hand van wetenschappelijke commentaren op uitspraken kunnen zij bestuursrechters informeren en hen een spiegel voorhouden. De afgelopen jaren is dit slechts in beperkte mate gebeurd, met als gevolg dat de jurisprudentiële divergentie ten aanzien van het inzagerecht en het recht van bezwaar lang onopgemerkt is gebleven.

8.10 Bevinding IX – Strategisch besluitbegrip in gegevensbeschermingszaken

De Afdeling heeft in het Wbp-tijdperk in de uitspraak *X/Rijksuniversiteit Groningen* uit 2010 het informatieverzoek-besluitmodel zo geherinterpreteerd dat de betrokkene de rechtmatigheid van een gegevensverwerking van het bestuur in bezwaar en beroep wel kon laten controleren.⁸⁰ Op basis van de parlementaire geschiedenis van de Wbp stelde de Afdeling dat iedere beslissing van een bestuursorgaan op een verzoek van de betrokkene om de verwerking te beëindigen wegens onrechtmatigheid, moest worden opgevat als een appellabel besluit. De betrokkene kon dan in bezwaar en (hoger) beroep de rechtmatigheid van een verwerking ter discussie stellen. Met deze herinterpretatie van het besluitbegrip van artikel 45 Wbp nuanceerde de Afdeling het uitgangspunt dat de betrokkene de rechtmatigheidsvraag alleen exceptief aan de orde kon stellen in procedures die waren ingeleid middels het wissingsrecht.

Achteraf gezien is *X/Rijksuniversiteit Groningen* een witte raaf gebleken. Hoewel deze uitspraak van groot belang was vanuit het oogpunt van toegang tot rechtsbescherming, was haar praktische betekenis beperkt. In het Wbp-tijdperk werd zij in de praktijk nauwelijks opgemerkt. Ook in de bestuursrechtspraak kreeg zij nagenoeg geen navolging. Hierdoor heeft *X/Rijksuniversiteit Groningen* geen invloed gehad op de wijze waarop het informatieverzoek-besluitmodel werd toegepast in gegevensbeschermingszaken.

Ook in het AVG-tijdperk heeft de Afdeling de wegen waarlangs opgekomen kan worden tegen een gegevensverwerking door het bestuur incrementeel uitgebreid. Deze rechtsontwikkeling zag echter niet direct op het informatieverzoek-besluitmodel (art. 34 Uitvoeringswet AVG), maar ving aan op het domein van het schadevergoedingsrecht.⁸¹ In de Uitvoeringswet AVG is niets geregeld over de schadevergoedingsbevoegdheid van de rechter in gegevensbeschermingszaken. Daarom moet op basis van de Awb en het BW worden bepaald welke rechter bevoegd is om te oordelen over verzoeken van betrokkenen die krachtens artikel 82 AVG schadevergoeding vorderen. Op grond van titel 8.4 Awb, meer specifiek artikel 8:88, heeft de bestuursrechter alleen rechtsmacht over schadeclaims, wanneer de vermeende schade is veroorzaakt door een onrechtmatig besluit. In het gegevensbeschermingsrecht betreft de schadeveroorzakende handeling echter geen besluit, maar feitelijk handelen, te

80 Paragraaf 6.5.2.2 en ABRvS 8 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN6172 (*X/Rijksuniversiteit Groningen*).

81 Paragraaf 7.1.

weten de bestuurlijke gegevensverwerking. Op grond van artikel 8:88, eerste lid, Awb zou de betrokkene aldus zijn schadevergoedingsverzoek bij de civiele rechter moeten indienen. Dit leidde tot de ambivalente situatie dat de bestuursrechter de rechtmatigheid van een gegevensverwerking via het informatieverzoek-besluitmodel wel exceptief kon toetsen,⁸² maar onbevoegd was om de daarmee samenhangende schadeclaim te behandelen.

De Afdeling heeft op 1 april 2020 vier uitspraken gewezen die deze ambivalentie deels opheffen.⁸³ Volgens de Afdeling is de bestuursrechter wel bevoegd om te oordelen over schadeclaims als gevolg van een inbreuk op de AVG door een bestuursorgaan, mits de vordering lager is dan € 25.000.⁸⁴ Dit oordeel baseert zij op de memorie van toelichting bij de Uitvoeringswet AVG, meer specifiek een passage in de implementatietabel bij artikel 82 AVG waarin is opgenomen: 'Huidige titel 8.4 Awb of civiele rechter'. Hieruit leidt zij af dat het 'aansluit bij de bedoeling van de nationale wetgever dat aan dezelfde rechter die oordeelt over onder meer beslissingen van bestuursorganen op een verzoek als bedoeld in de artikelen 15 tot en met 22 AVG, ook kan worden verzocht om vergoeding van daarmee in verband staande schade'.⁸⁵ Deze concentratie van rechtsbescherming is volgens de Afdeling in lijn met het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming in artikel 47 EU-Grondrechtenhandvest.

Met deze redenering herinterpreteert de Afdeling artikel 8:88 Awb in het kader van het gegevensbeschermingsrecht. Het kernvereiste van deze bepaling, te weten dat de schadeveroorzakende handeling een onrechtmatig besluit moet zijn, wordt hiermee verlaten. De betrokkene moet volgens de Afdeling wel een informatieverzoek hebben ingediend bij het bestuur ter verwezenlijking van een AVG-informatierecht. Maar het besluit van het bestuur in reactie op dit verzoek hoeft niet onrechtmatig te zijn en evenmin een oordeel te bevatten over de rechtmatigheid van de gegevensverwerking. De bestuursrechter kan zelf in de verzoekschriftprocedure de rechtmatigheid van de verwerking toetsen. Op deze manier heeft de Afdeling voor de bestuursrechter, naast het informatieverzoek-besluitmodel, een nieuwe mogelijkheid gecreëerd om de rechtmatigheid van een feitelijke verwerking te beoordelen. Deze toetsing is wel gekoppeld aan artikel 82 AVG. De bestuursrechter kan de rechtmatigheid van een feitelijke gegevensverwerking alleen beoordelen als de betrokkene een schadeverzoekschriftprocedure heeft gestart. Kortom: in de 1 april-uitspraken heeft de Afdeling bewerkstelligd dat in gegevensbeschermingszaken toegang tot rechtsbescherming, toetsing en schadevergoeding in één en dezelfde procedure – de schadeverzoekschriftprocedure – worden geconcentreerd. In de periode na de 1 april-uitspraken heeft de Afdeling deze exceptieve toets verder ontwikkeld. In *X/BFT I* heeft zij geoordeeld dat voor de schadevergoedingsbevoegdheid van de bestuursrechter niet langer is vereist dat de betrokkene bij het bestuur een informatieverzoek moet hebben ingediend. Hij kan zich rechtstreeks wenden tot de bestuursrechter via de schadeverzoekschriftprocedure. Via de

82 Mits de procedure was ingeleid op grond van art. 17 AVG.

83 Paragraaf 7.5.

84 ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898 (*Pieter Baan Centrum*); ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:899 (*X/College van B&W Deventer II*); ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:900 (*X/College van B&W Borsele*); ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:901 (*X/College van B&W Harderwijk*).

85 Zie hierover bijvoorbeeld: ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898, r.o. 20 (*Pieter Baan Centrum*).

1 april-uitspraken en *X/BFT I* heeft de Afdeling aldus een *nieuwe rechtsweg* gecreëerd op grond waarvan betrokkenen feitelijke gegevensverwerkingen aan de bestuursrechter ter toetsing kunnen voorleggen en kunnen verzoeken om schadevergoeding als zij onrechtmatig zijn verwerkt.

Het (voorlopige) sluitstuk van deze rechtsontwikkeling vormt de zaak *X/Minister van LNV*.⁸⁶ Hierin is bezwaar aangetekend tegen een door de minister voorgenomen gegevensverstrekking aan een ander partij. De Afdeling heeft zich in hoger beroep ambtshalve gebogen over de vraag of de betrokkene zich *direct* kan verzetten tegen deze verwerking. Haar rechtmatigheid kan de betrokkene in dit geval immers niet via het wissingsrecht ter discussie stellen. Een beroep op dit recht treft hier namelijk geen doel, aangezien de verwerking nog niet heeft plaatsgevonden. De Afdeling oordeelt ambtshalve dat de beslissing van de minister, strekkende tot afwijzing van het verzoek van de betrokkene om zijn gegevens niet aan een derde te verstrekken, opgevat moet worden als een Awb-besluit. Zij stelt dat de beslissing tot gevolg heeft dat de betrokkene de onrechtmatige verstrekking van zijn gegevens aan een derde moet dulden. Deze beslissing moet 'op een lijn worden gesteld met een schriftelijke beslissing genomen door een bestuursorgaan als bedoeld in artikel 34 van de Uitvoeringswet AVG, waartegen ook beroep bij de bestuursrechter openstaat'.⁸⁷ Deze herinterpretatie van het informatieverzoek-besluitmodel gaat een stap verder dan die in *X/Rijksuniversiteit Groningen*. In laatstgenoemde uitspraak stelde de Afdeling de reactie van het bestuur op een verzoek van de betrokkene om de verrichte verwerking te beëindigen gelijk aan een besluit als bedoeld in artikel 45 Wbp. In *X/Minister van LNV* heeft zij de beslissing van het bestuur in reactie op een verzoek van de betrokkene om een *voorgenomen* verwerking niet te verrichten gelijkgesteld aan een besluit als bedoeld in artikel 34 Uitvoeringswet AVG. Anders gezegd: de Afdeling heeft zich bevoegd geacht om te oordelen over een feitelijke handeling van een bestuursorgaan die nog niet heeft plaatsgevonden.

8.11 Bevinding X – Geen schadevergoedingsbevoegdheid voor de bestuursrechter

De 1 april-uitspraken, in samenhang met *X/BFT I* en *X/Minister van LNV*, kunnen worden gezien als een grote *Wende* in de organisatie van rechtsbescherming tegen gegevensverwerkingen door het bestuur. In deze uitspraken heeft de Afdeling voor de bestuursrechter namelijk een bevoegdheid gecreëerd om in de verzoekschriftprocedure van titel 8.4 Awb te oordelen over zowel de rechtmatigheid van een feitelijke bestuurshandeling, de gegevensverwerking, als een daarmee samenhangend verzoek om schadevergoeding. Deze ontwikkeling is in lijn met de visie die de wetgever al bij de invoering van de Wbp en de Uitvoeringswet AVG ten aanzien van rechtsbescherming voor ogen had. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wbp en de Uitvoeringswet AVG blijkt immers dat het van meet af aan de bedoeling van de wetgever is geweest om de bestuursrechter rechtsmacht te geven over gegevensverwerkingen door bestuursorganen. Ook is het resultaat van deze uitspraken

86 Hoofdstuk 6, paragraaf 6.5.2.2 en ABRvS 22 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2129 (*X/Minister van LNV*). Zie in vergelijkbare zin: ABRvS 3 juli 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2715, r.o. 5.1 en 5.2 (*Treiteraanpak IV*).

87 ABRvS 22 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2129 (*X/Minister van LNV*).

– concentratie van rechtsbescherming – in lijn met het doeltreffendheidsbeginsel (*Rewe*) en het beginsel van effectieve rechtsbescherming (art. 47 EU-Grondrechtenhandvest). Tevens sluit deze rechtspraak aan bij een breder in het bestuursrecht gedeelde wens: uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter naar andere handelingen dan appellabele Awb-besluiten, zoals feitelijke handelingen.⁸⁸ De bovengenoemde uitspraken illustreren hoe de bestuursrechter in de schadeverzoekschriftprocedure integrale rechtsbescherming tegen feitelijk bestuurshandelen kan bieden. Hij kan nu immers in één en dezelfde procedure niet alleen toegang tot rechtsbescherming verlenen, maar ook de rechtmatigheid van feitelijke handelingen toetsen, en een remedie bieden als hij een onrechtmatige verwerking vaststelt. Dit vergemakkelijkt de toegang tot rechtsbescherming voor betrokkenen: zij kunnen nu op grond van titel 8.4 Awb direct toegang tot de bestuursrechter verkrijgen als zij menen dat hun gegevens onrechtmatig zijn verwerkt en zij hierdoor schade hebben geleden. De bestuursrechter kan dan de rechtmatigheid van de bestreden verwerking direct toetsen. De procesrechtelijke complicaties die het informatieverzoek-besluitmodel met zich meebrengt, welke in hoofdstuk 5 en 6 zijn toegelicht, kunnen hierdoor worden voorkomen.⁸⁹

Desondanks kunnen kanttekeningen worden geplaatst bij de 1 april-uitspraken en de hierop volgende jurisprudentiële verfijningen. De bewerkstelligde bevoegdheidsuitbreiding is juridisch wankel. In de Uitvoeringswet AVG noch de Wbp is immers iets geregeld ten aanzien van de bevoegdheid van de bestuursrechter om als schadevergoedingsrechter te oordelen over schadeclaims die zien op feitelijke gegevensverwerkingen door het bestuur. Het is nogal vergezocht dat de Afdeling uit een passage in de implementatietabel bij de memorie van toelichting van de Uitvoeringswet AVG meent te kunnen afleiden dat de wetgever aan de bestuursrechter deze bevoegdheid heeft willen verlenen. Als de wetgever daadwerkelijk aan de bestuursrechter rechtsmacht had willen geven om, in afwijking van titel 8.4 Awb, te oordelen over schadeclaims die zien op onrechtmatige feitelijke gegevensverwerkingen, dan had hij daarover in de Uitvoeringswet AVG wel een bepaling opgenomen.⁹⁰ Maar dit was juist niet het geval: de Uitvoeringswet AVG is beleidsneutraal geïmplementeerd. Net als in de Wbp, is hierin niets geregeld over een mogelijke schadevergoedingsbevoegdheid van de bestuursrechter. Gezien het primaat van de wetgever had het meer voor de hand gelegen als de Afdeling, net als het CBb in *KvK AVG-zaken* heeft gedaan,⁹¹ aan de wetgever een rechterlijke terugkoppeling had gegeven over bovengenoemde discrepantie. Mogelijk heeft de wetgever zich ten tijde van de codificatie van de Wbp en de Uitvoeringswet AVG niet gerealiseerd dat de algemene bestuursrechter op grond van titel 8.4 Awb geen rechtsmacht heeft over schadeclaims in het gegevensbeschermingsrecht. Op basis van een rechterlijke terugkoppeling had de wetgever deze lacune zelf kunnen herstellen door de schadevergoedingsbevoegdheid van de bestuursrechter bij wet te regelen. Dat zou ook in lijn zijn met het voornemen van de Minister voor Rechtsbescherming om zich te buigen over een mogelijke modernisering en verbetering van de Uitvoeringswet AVG.

88 Zie hierover onder meer: Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004; Van Ommeren & Huisman 2013. Zie hierover ook hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.5.

89 Zie hierover ook paragraaf 8.9 (bevinding 8).

90 Paragraaf 7.5.3.

91 Paragraaf 5.4.1.

De wetgever heeft, ruim vier jaar na de publicatie van de 1 april-uitspraken, nog steeds goede redenen dit alsnog te doen. Het is immers maar de vraag in hoeverre betrokkenen thans weten dat zij krachtens de 1 april-uitspraken zich direct tot de bestuursrechter kunnen wenden om de rechtmatigheid van een feitelijke gegevensverwerking door een bestuursorgaan ter discussie te stellen. Zelfs de Minister van BZK heeft dit niet scherp voor ogen.⁹² Hoe kan dan verwacht worden dat betrokkenen, met name als ze niet juridisch geschoold zijn en zich niet dagelijks met het recht bezighouden, dat wel hebben? In de huidige situatie moeten zij maar net de 1 april-uitspraken kennen om te weten dat dit een begaanbare route is. Bezien vanuit het rechtzekerheidsbeginsel en legaliteitsbeginsel, is deze situatie onwenselijk.⁹³ Deze constatering indachtig kan worden betoogd de wetgever de wet – de Uitvoeringswet AVG of de Awb – zou moeten herzien, zodat buiten kijf komt te staan dat betrokkenen toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming kunnen verkrijgen om de rechtmatigheid van een feitelijke gegevensverwerking door het bestuur ter discussie te stellen.

8.12 Van vergeten rechtsgebied tot aanjager van rechtsontwikkeling

In dit proefschrift stond de vraag centraal hoe het Europees gegevensbeschermingsrecht, lang een vergeten rechtsgebied, doorwerkt in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Het onderzoek had als doel inzichtelijk te maken hoe een betrokkene kan opkomen tegen de verwerking van zijn gegevens door een bestuursorgaan.

In deel I van het proefschrift zijn de grondslagen van het algemeen bestuursrecht en het Europees gegevensbeschermingsrecht geanalyseerd.⁹⁴ Uit deze grondslagenanalyse is een typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking voortgekomen. Deze typologie laat zien dat de wijze waarop een betrokkene toegang tot rechtsbescherming kan verkrijgen, afhangt van het soort verwerking waartegen hij beoogt op te komen. In dat verband is een conceptueel onderscheid gemaakt tussen *autonoom* en *accessoir* opkomen.⁹⁵ Autonoom opkomen ziet op de situatie waarin een betrokkene de rechtmatigheid van een verwerking zelfstandig ter discussie tracht te stellen. Hij verzet zich in dat geval tegen een zuiver feitelijke bestuurshandeling.⁹⁶ Toegang tot rechtsbescherming kan dan worden verkregen via het informatieverzoek-besluitmodel (art. 34 Uitvoeringswet AVG). De schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan op een informatieverzoek als bedoeld in artikel 15-22 AVG geldt volgens dit model als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Accessoir opkomen vindt plaats wanneer een betrokkene zich niet kan verenigen met een Awb-besluit, omdat ten behoeve hiervan zijn gegevens onrechtmatig zijn verwerkt.⁹⁷ Als in het Awb-besluit op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel verantwoording is afgelegd over de gegevensverwerking, dan kan de betrokkene via het klassiek besluitmodel haar rechtmatigheid in bezwaar en beroep ter discussie stellen wegens strijdigheid met de AVG. Er is dan sprake van *besluitgerelateerd feitelijk handelen*. Komt vast te staan dat

⁹² Paragraaf 8.8.

⁹³ Paragraaf 7.5.4.

⁹⁴ Hoofdstuk 2 en 3.

⁹⁵ Paragraaf 3.4.

⁹⁶ Paragraaf 3.4.2.

⁹⁷ Paragraaf 3.4.3.

deze verwerking onrechtmatig heeft plaatsgevonden, dan zal op basis van het leerstuk van bewijsuitsluiting moeten worden beoordeeld welke consequenties hieraan moeten worden verbonden.⁹⁸ Kortom: in theorie kan het Europees gegevensbeschermingsrecht op twee manieren doorwerken in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming: via het informatieverzoek-besluitmodel of het klassiek besluitmodel.

Deze typologie kent echter ook haar beperkingen. Zij gaat namelijk uit van de veronderstelling dat bij voorbaat duidelijk is of een verwerking een autonoom of accessoir karakter heeft, zodat helder is wanneer de betrokkene hierover moet worden geïnformeerd. Dat is echter lang niet altijd het geval, zoals de verwerking van persoonsgegevens door bestuursorganen in het kader van risicoprofileringsdoeleinden laat zien. Deze profilering levert als zodanig geen rechtsfeiten op waarmee de feitenvaststelling van een Awb-besluit wordt onderbouwd. Zij is veeleer een hulpmiddel op grond waarvan het bestuur bepaalt welke aanvragen onderzoekswaardig zijn en daarom extra aandacht behoeven. Hierdoor is het onduidelijk of gegevensverwerkingen ten behoeve van profilering autonoom of accessoir van aard zijn en hoe zij bestuursrechtelijk en gegevensbeschermingsrechtelijk moeten worden gewaardeerd. Deze onduidelijkheid kan worden weggenomen door op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel besluitgerelateerde profilering in het primaire besluit te verantwoorden. Op die manier kan worden bewerkstelligd dat de betrokkene reële rechtsbescherming kan verkrijgen tegen de verwerking van zijn gegevens voor profileringsdoeleinden.

In deel II van het proefschrift is stilgestaan bij de wijze waarop het Europees gegevensbeschermingsrecht via het informatieverzoek-besluitmodel doorwerkt in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Waar rechtsbescherming tegen de accessoire gegevensverwerking in beginsel via het klassiek besluitmodel verloopt, en als zodanig weinig frictie veroorzaakt in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming,⁹⁹ ligt dit voor de autonome verwerking anders. In tegenstelling tot het bestuursrecht, dat het Awb-besluit als publiekrechtelijke rechtshandeling centraal stelt, draait het Europees gegevensbeschermingsrecht om de normering van een zuiver feitelijke handeling, te weten de persoonsgegevensverwerking. Met het informatieverzoek-besluitmodel in artikel 34 Uitvoeringswet AVG heeft de wetgever getracht dit verschil te overbruggen door bestuursrechtelijke rechtsbescherming open te stellen tegen feitelijke gegevensverwerkingen door bestuursorganen.

Uit de wetsgeschiedenis van de Wbp en de Uitvoeringswet AVG volgt dat de wetgever met het informatieverzoek-besluitmodel van meet af aan heeft beoogd de bestuursrechter de bevoegdheid te geven om een rechtmatigheidsoordeel te vellen over gegevensverwerkingen door bestuursorganen.¹⁰⁰ Nadere bestudering van dit model en de hierover gewezen rechtspraak leert echter dat dit maar ten dele is gelukt.¹⁰¹ In artikel 34 Uitvoeringswet AVG is namelijk geen algemene bevoegdheid voor de bestuursrechter opgenomen om te

98 Paragraaf 5.1.

99 Wanneer het bestuur de betrokkene echter niet in het Awb-besluit informeert over deze verwerking, wordt de toegang tot rechtsbescherming echter wél gefrustreerd. Zie hierover hoofdstuk 4.

100 Paragraaf 5.2.2 en 5.2.3.

101 Paragraaf 5.4, 5.5, 6.3, 6.4 en 6.5.

oordelen over de verwerking van persoonsgegevens door bestuursorganen. De bepaling stelt enkel dat de schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan op een informatieverzoek van de betrokkene kwalificeert als een appellabel besluit. De wetgever heeft dus, bewust dan wel onbewust, nagelaten expliciet in wetgeving vast te leggen dat aan de bestuursrechter de bevoegdheid toekomt om de rechtmatigheid van feitelijke gegevensverwerkingen van bestuursorganen te toetsen. Wel kan de bestuursrechter de rechtmatigheid van feitelijke gegevensverwerkingen exceptief toetsen op basis van een besluit ter verwezenlijking van het AVG-wissingsrecht. Tussen het wissingsrecht en de vraag of een gegevensverwerking rechtmatig is, bestaat immers connexiteit. De rechtmatigheid van de verwerking is namelijk relevant voor de verwezenlijking van het recht op wissing.

De onvolkomenheid van artikel 34 Uitvoeringswet AVG heeft ertoe geleid dat de afgelopen jaren een scala aan rechterlijke procedures is gevoerd over de bevoegdheid van de bestuursrechter om te oordelen over de rechtmatigheid van gegevensverwerkingen door bestuursorganen. Zo is meermaals geprocedeerd over de vraag of de bestuursrechter in een procedure die niet via het wissingsrecht is ingeleid, maar krachtens het inzagerecht of het recht van bezwaar, de rechtmatigheid van een dergelijke verwerking mag beoordelen. Daarnaast zijn zaken aanhangig gemaakt over de vraag of, artikel 7:11 Awb indachtig, een betrokkene, nadat het bestuur een primair inzagebesluit heeft genomen, in bezwaar de rechtmatigheid van een gegevensverwerking via een beroep op het wissingsrecht ter discussie kan stellen. Er is zelfs geprocedeerd over de vraag of de bestuursrechter een feitelijke gegevensverwerking überhaupt kan toetsen, aangezien in deze handeling geen Awb-besluit is vervat. Dit zijn allemaal voorbeelden van procedures waarin betrokkenen hebben getracht de rechtmatigheid van een verwerking ter discussie te stellen, maar hierin niet zijn geslaagd omdat eerst procedureel moest worden vastgesteld of er sprake was van een besluit. Dergelijke 'procedures over procederen' zijn onwenselijk. De betrokkene raakt immers nodeloos verzeild in tijdrovende bezwaar- en beroepsprocedures waarin het geschil materieel onbesproken blijft. Bovendien leidt de opeenstapeling van procedures tot een onnodige belasting van de rechterlijke macht.

De afgelopen jaren hebben bestuursrechters verschillende uitspraken gewezen die deze procedurele obstakels wegnemen. Hiervan zijn de 1 april-uitspraken die de Afdeling in 2020 heeft gewezen het meest prominent. Hoewel deze uitspraken de nodige staatsrechtelijke vragen oproepen, bevestigen zij dat de bestuursrechter op basis van het Awb-instrumentarium wel degelijk in staat is de rechtmatigheid van feitelijke gegevensverwerkingen door bestuursorganen te toetsen. De procesrechtelijke complicaties die het informatieverzoek-besluitmodel met zich meebrengt, en die hebben geresulteerd in de bovengenoemde 'procedures over procederen', kunnen zo worden voorkomen.¹⁰² De vraag of de rechtmatigheid van een gegevensverwerking niet alleen krachtens het wissingsrecht ter discussie kan worden gesteld, maar ook via het inzagerecht of het bezwaarrecht, is bijvoorbeeld niet langer relevant.

De worsteling om bestuursrechtelijke rechtsbescherming te bieden tegen feitelijk handelen doet zich niet alleen voor in het gegevensbeschermingsrecht. Ook andere rechtsgebieden

¹⁰² Zie hierover ook paragraaf 8.9 (bevinding 8).

hebben hiermee te maken. Het rapport *Verbreding van bestuursrechtspraak* van de Commissie Schueler laat dat goed zien. Deze Commissie breekt een lans voor de introductie van een algemene verzoekschriftprocedure om zo de rechtmatigheid van verschillende feitelijke bestuurshandelingen onder de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen. Dit zou een nieuw bestuursrechtelijk tijdperk inluiden waarin, meer dan voorheen, aandacht is voor de organisatie van rechtsbescherming tegen feitelijk bestuurshandelen. De afgelopen jaren is echter in het Europees gegevensbeschermingsrecht, zij het onder de radar, rechtsbescherming tegen feitelijk bestuurshandelen al van de grond gekomen. Het door Van der Pot in 1932 geïntroduceerde uitgangspunt dat alleen publiekrechtelijke rechtshandelingen door het bestuursrecht genormeerd moeten worden, lijkt daarmee voorzichtig te worden verlaten.¹⁰³ Aldus is het gegevensbeschermingsrecht van een door bestuursrechtjuristen vergeten rechtsgebied geworden tot een aanjager van bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling.

103 Van der Pot 1932.