

Het bestuursrecht en gegevensbeschermingsrecht: de ontmoeting van twee rechtsgebieden in historisch perspectief

Mr. F. Çapkurt*

1. Inleiding

Sinds de inwerkingtreding van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) staat de bescherming van persoonsgegevens volop in de belangstelling.¹ De AVG wordt alom beschouwd als een omslagpunt voor gegevensbescherming. En dat is terecht. Zij vernieuwt immers het systeem van toezicht, versterkt de informatierechten van burgers en introduceert strengere transparantieverplichtingen voor instanties die persoonsgegevens verwerken.² Wat betreft rechtsbescherming blijft echter alles bij het oude. De wetgever heeft in de Uitvoeringswet AVG het systeem voor rechtsbescherming een-op-een gekopieerd uit de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) uit 2001, die op haar beurt weer was gebaseerd op de Wet Persoonsregistraties (WPR) uit 1989.³ De keuze om dit systeem ongewijzigd te laten, was niet gebaseerd op fundamentele overwegingen. Integendeel, zij werd gedreven door tijdnood: de Uitvoeringswet AVG moest in zeer hoog tempo door beide Kamers worden gelooft. Pas later zou een 'verdiepingsslag' worden gemaakt voor de verdere modernisering en verbetering van het gegevensbeschermingsrecht, aldus minister Dekker.⁴

Is het problematisch dat de wetgever weinig oog had voor rechtsbescherming? Ja. Reeds onder de Wbp, de rechtsvoorganger van de Uitvoeringswet AVG, bestonden ten aanzien hiervan problemen. De Wbp kende een gedifferentieerd stelsel voor rechtsbescherming. De wetgever vond dat de rechtmatigheidscontrole van een gegevensverwerking moest worden uitgevoerd in de context waarin de verwerking had plaatsgevonden.⁵ Daarom kreeg

de bestuursrechter de bevoegdheid gegevensverwerkingen in het publieke domein te toetsen, terwijl de burgerlijke rechter bevoegd werd ten aanzien van verwerkingen in de private sector.⁶ Om de weg naar de bestuursrechter te effenen, stemde de wetgever de Wbp procesrechtelijk af op de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De Wbp kende de burger informatierechten toe, zoals het recht op inzage, rectificatie en gegevensuitwissing. Hiermee kon hij controleren of zijn persoonsgegevens rechtmatig en juist waren verwerkt en deze eventueel laten rectificeren of verwijderen. Om deze rechten in het bestuursrecht te effectueren, moest hij een informatieverzoek indienen bij het bestuursorgaan dat de betreffende gegevens had verwerkt. Artikel 45 Wbp stelde beslissingen van bestuursorganen op dergelijke verzoeken gelijk aan een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb waartegen bezwaar en beroep openstond bij de bestuursrechter.

Ondanks deze procesrechtelijke afstemming ontstonden aansluitingsproblemen.⁷ Hoewel het Wbp-informatieverzoek de sleutel vormde tot de bestuursrechter, leidde het gebruik ervan niet altijd tot effectieve rechtsbescherming. In de jurisprudentie bleek dat niet alle handelingen met relevantie voor gegevensbescherming onder de reikwijdte vielen van de gelijkstelling in artikel 45 Wbp. Daardoor konden burgers lang niet altijd de rechtmatigheid van een feitelijke gegevensverwerking voorleggen aan de bestuursrechter. Dit kwam het meest prangend naar voren in bestuursrechtelijke schadezaken. Burgers konden de rechtmatigheid van een Wbp-informatiebesluit, zoals een inzagebesluit, wel aan de bestuursrechter voorleggen over de band van artikel 45 Wbp. Maar hij kon geen oordeel vellen over het feitelijke gegevensverwerkingsproces dat aan

* Fatma Çapkurt is promovenda aan de Universiteit Leiden. In haar proefschrift onderzoekt zij de doorwerking van het Europees gegevensbeschermingsrecht in het Nederlands bestuursrecht. Dit onderzoek is gefinancierd door de NWO (Onderzoekstalentbeurs, dossiernummer 406.18.550).

1. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (*PbEU* 2016, L 119/2) en Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming. Naast de AVG is in april 2016 ook de Richtlijn gegevensbescherming, opsporing en vervolging vastgesteld. Zie Richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad. Wegens de beperkte omvang van deze bijdrage blijft deze richtlijn in deze analyse buiten beschouwing.
2. *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 5.
3. *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 117.
4. *Handelingen II* 2017/18, nr. 59, item 4, p. 18.
5. *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 38 en 174.
6. *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 38 en 174.
7. H.E. Kranenborg & L.F.M. Verhey, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming in Europees en Nederlands perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 9 en L.H. von Meijenföldt, 'De AVG en de Awb: vragen om Babylonische spraakverwarring', *P&I* 2017, afl. 3, p. 124-129.

dat inzagebesluit voorafging, omdat de registratie van persoonsgegevens bestuursrechtelijk kwalificeert als een feitelijke handeling.⁸ Daardoor konden burgers de bestuursrechter niet om schadevergoeding verzoeken. Het probleem hier is dat de (vermeende) schade niet werd veroorzaakt door het besluit zelf, het inzagebesluit, maar door de feitelijke gegevensverwerking die daaraan vooraf is gegaan.⁹

Pas recent is in rechtspraak hierin verandering gekomen. Ook dat is zeer opvallend, aangezien de Uitvoeringswet AVG het systeem voor rechtsbescherming onveranderd overneemt uit de Wbp. Desalniettemin heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) in een viertal uitspraken van 1 april 2020 geoordeeld dat de bestuursrechter bevoegd is om feitelijke gegevensverwerkingen te toetsen in schadezaken. Met een innovatieve redenering die schuurt tegen de grenzen van haar interpretatievrijheid, concentreert de Afdeling rechtsbescherming tegen feitelijke gegevensverwerkingen bij de bestuursrechter. Daarmee geeft zij alsnog uiting aan de wens die de wetgever ten tijde van de totstandkoming van de Wbp had uitgesproken, om rechtsbescherming tegen feitelijke gegevensverwerkingen in de publieke sector te concentreren bij de bestuursrechter.

Deze bijdrage heeft tot doel de lange weg naar effectieve rechtsbescherming in het bestuursrecht tegen gegevensverwerkingen door bestuursorganen vanuit rechtshistorisch perspectief te verklaren en te duiden.¹⁰ Eerst zal in paragraaf 2 worden ingegaan op de maatschappelijke ontwikkelingen die de wetgever ertoe hebben bewogen om eind jaren '80 de eerste Nederlandse gegevensbeschermingswet, de Wet Persoonsregistraties, aan te nemen. Daarna wordt in paragraaf 3 de vormgeving van deze wet toegelicht. Ook wordt uiteengezet waarom zij enkel voorzag in civielrechtelijke rechtsbescherming tegen persoonsregistraties binnen de overheid. Waarom is het eigenlijk belangrijk om de systematiek van de WPR te duiden? De reden hiervoor is dat de bevoegdheidsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter in de Wbp, een reactie is op de tekortkomingen in rechtsbescherming onder de WPR. Hierna zal in paragraaf 4 de focus worden verlegd naar de Awb. Alhoewel deze wet vijf jaar ná de WPR in werking trad, had zij nauwelijks oog voor gegevensbescherming. Onderzocht wordt wat deze summiere aandacht kan verklaren. Hierna wordt in paragraaf 5 de opvolger van de WPR, de Wbp uit 2001 besproken. In tegenstelling tot de WPR was de Wbp wél procesrechtelijk afgestemd op de Awb. Jurisprudentieonderzoek laat echter zien dat desondanks aansluitingsproblemen in de rechtsbescherming ontstonden. Pas zeer recent, op 1 april 2020, heeft de Afdeling de Uitvoeringswet AVG aangegrepen om hier verandering in aan te

brenge. In paragraaf 6 wordt deze koerswijziging besproken. Vervolgens wordt geanalyseerd hoe zij zich verhoudt tot de inzichten die in de voorgaande paragrafen aan de orde zijn gekomen over de doorwerking van het gegevensbeschermingsrecht in het bestuursrecht. Tot slot zet de conclusie in paragraaf 7 de onderzoeksbevindingen op een rij en concludeert dat de innovatieve redenering van de Afdeling in de 1-april-uitspraken vanuit het oogpunt van rechtsvorming enigszins opmerkelijk is. Het resultaat daarvan, integrale rechtsbescherming bij de bestuursrechter tegen gegevensverwerkingen door bestuursorganen, is echter vanuit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming een zeer welkome ontwikkeling.

2. Het gegevensbeschermingsrecht voor codificatie

2.1. *De volkstellingsprotesten van 1971: katalysator voor de opkomst van gegevensbeschermingswetgeving*

Om de gedifferentieerde bevoegdheidsverdeling tussen de bestuursrechter en burgerlijke rechter inzake persoonsgegevensverwerkingen te begrijpen, is het noodzakelijk om de pre-parlementaire ontstaansgeschiedenis van de eerste Nederlandse gegevensbeschermingswet, de Wet Persoonsregistraties uit 1989, te bespreken. Tot eind jaren '60 waren persoonsgegevens namelijk geen zelfstandig onderwerp van wetgeving. Vrijwel ieder rechtsgebied kende eigen regels inzake gegevensbescherming. Dit veranderde pas na de maatschappelijke protestacties tegen de volkstelling van 1971. Waarom leidde deze volkstelling tot verzet? Volkstellingen waren immers allerm minst nieuw. Zij vonden sinds 1829 tienjaarlijks plaats en hadden tot doel de overheid te voorzien van informatie over demografische en sociaaleconomische ontwikkelingen. De verzamelde informatie varieerde van gegevens over volkshuisvesting, sociale welstand, tot huwelijksvruchtbaarheid met het oog op bevolkingsprognoses.¹¹

Nieuw aan de telling van 1971 was de stap naar automatisering. Voor het eerst werden persoonsgegevens verzameld, gekoppeld en geanalyseerd met de Philips P1400 computer.¹² Deze ontwikkeling werd met argusogen bekeken. De grootschaligheid waarmee de overheid gegevens kon registreren, combineren en analyseren, creëerde het beeld van een overheid die als *Big Brother* het gedrag van haar burgers monitorde en manipuleerde.¹³ Ongecontroleerde registratie en verwerking van persoonsgegevens zou een ernstige bedreiging vormen voor de rechten en vrijheden van de burger. Eenmaal geregistreerde gegevens zouden, buiten zijn zicht om, een eigen leven kunnen gaan leiden en zijn rechtspositie negatief beïnvloeden. Op de achtergrond speelde de herinnering aan de Tweede Wereldoorlog, waarin de Duitse bezetter bevolkingsregisters had misbruikt voor het houden van razzia's. Burgers

8. ABRvS 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1114, AB 2016/257, m.nt. L.J.A. Damen.

9. Zie bijvoorbeeld: ABRvS 22 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2751.

10. Wegens de beperkte omvang van deze bijdrage worden de privaatrechtelijke regulering evenals de normerende rol van artikel 8 EVRM ten aanzien van gegevensverwerkingen in het publieke domein buiten beschouwing gelaten.

11. C.J. den Dulk & J.G.S.J. van Maarseveen, 'De ontwikkeling van beleid en methode van onderzoek', in: B. Erwich & J.G.S.J. van Maarseveen (red.), *Een eeuw statistieken. Historisch-methodologische schetsen van de Nederlandse officiële statistieken in de twintigste eeuw*, Voorburg: Centraal Bureau voor de Statistiek 1999, p. 339-340.

12. Erwich & Van Maarseveen 1999, p. 84.

13. J.W. Sentrop, *Privacybescherming in Nederland. Schets van een ontwikkeling*, Deventer: Van Loghum Slaterus 1985, p. 48.

weigerden daarom massaal deelname aan de volkstelling. Leuzen als 'registratie is deportatie' en 'de korporaals zijn in aantocht' domineerden het debat en vergrootten het wantrouwen tegenover gegevensregistraties door de overheid.¹⁴

2.2. De Staatscommissie Koopmans

De volkstelling zorgde niet alleen voor een fel publiek debat over gegevensbescherming, maar vormde ook de opmaat voor wetgeving op dit terrein. In 1972 kreeg de Staatscommissie Koopmans de opdracht te onderzoeken welke wettelijke maatregelen wenselijk waren.¹⁵ In haar tussenrapport uit 1974 ging zij in op het belang van informatieverzameling voor de overheid. 'De zorg van de overheid is veelomvatter en gedifferentieerder geworden', aldus de Staatscommissie. Om maatschappelijke processen te sturen en haar publieke taak te verrichten in de opkomende verzorgingsstaat, had de overheid meer informatie nodig. Met de intrede van nieuwe technieken in de jaren '70, zoals de computer, kon ook meer dan ooit in deze informatiebehoefte worden voorzien.

Tegelijkertijd wees de Staatscommissie op de gevaren van ongecontroleerde geautomatiseerde gegevensregistraties, onder andere dat van 'function creep'.¹⁶ Dit is het proces waarin gegevens die voor het ene doeleinde zijn vergaard, ook nuttig blijken en worden ingezet voor andere doeleinden. Hierdoor verloor de burger grip op zijn persoonsgegevens. Ook wees de Staatscommissie op het gevaar van 'data-surveillance'. Hiermee doelde zij op de situatie waarin de burger onder het vergrootglas van de overheid kwam te liggen door registratie in een computersysteem, terwijl voor hem niet controleerbaar was of deze registratie juist en rechtmatig was.¹⁷ Dit verlies van informatieve controle zag de Staatscommissie als een grote bedreiging voor het fundamentele recht van burgers om beschermd te worden tegen foutieve, ongebreidelde of ongerechtvaardigde persoonsregistraties.¹⁸

Tegen deze achtergrond adviseerde de Staatscommissie de regering in haar eindrapport uit 1976 om een algemene gegevensbeschermingswet te introduceren die van toepassing moest zijn op geautomatiseerde persoonsregistraties in de publieke en de private sector. In 1981, vijf jaar na

het verschijnen van dit eindrapport, diende de regering het voorstel Wet Persoonsregistraties in bij de Tweede Kamer. Dit voorstel werd door het parlement, de rechtswetenschap en de rechtspraktijk sterk bekritiseerd om zijn vormgeving.¹⁹ De regering trok het daarop in en diende vervolgens in 1985 een nieuw wetsvoorstel in. Deze tweede poging resulteerde in 1989, bijna twintig jaar ná de volkstellingsprotesten van 1971, in de WPR. Met de inwerkingtreding van deze wet voldeed de wetgever ook aan een grondwettelijke plicht. Zes jaar eerder, in 1983, waren persoonsgegevens namelijk van grondwettelijke bescherming voorzien. Het recht op gegevensbescherming werd toen ondergebracht bij een nieuw grondrecht: de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in artikel 10 Gw.²⁰ Het tweede lid van dit artikel bevat een opdracht aan de wetgever om regels te formuleren voor het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens. Hieraan werd met de inwerkingtreding van de WPR voldaan.

3. De Wet Persoonsregistraties 1989

3.1. Materiële normering en rechtsbescherming in de publieke sector

De vormgeving van de WPR heeft grote invloed gehad op de procesrechtelijke systematiek van haar opvolger, de Wet bescherming persoonsgegevens. Dit geldt in het bijzonder voor de bevoegdheidsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Deze is een reactie op de tekortkomingen in rechtsbescherming onder de WPR. Om te begrijpen waarom de wetgever controle op gegevensverwerkingen in de publieke sector onder de Wbp toevertrouwde aan de bestuursrechter, is het van belang eerst de lacunes in rechtsbescherming onder de WPR toe te lichten.

Voor een goed begrip van deze lacunes is het noodzakelijk de materiële en procesrechtelijke vormgeving van de WPR te analyseren. Alhoewel de WPR een algemene gegevensbeschermingswet was, was zij niet gelijkelijk van toepassing op alle sectoren.²¹ Persoonsregistraties binnen de overheid waren onderworpen aan een zware reglementeringsplicht, terwijl voor de private sector een lichter regime gold.²² In de memorie van toelichting gaf de regering

14. F. Kuitenbrouwer, *Het recht om met rust gelaten te worden*, Amsterdam: Balans 1991, p. 66.

15. *Interimrapport Staatscommissie bescherming persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistraties*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1974 (Interimrapport Staatscommissie Koopmans); *Eindrapport Staatscommissie bescherming persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistraties*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1976 (Eindrapport Staatscommissie Koopmans) en J. Holvast, 'Staatscommissie Koopmans, de trage wegbereider van de huidige Wet bescherming persoonsgegevens', *P&I* 2016, afl. 1, p. 2-8.

16. Interimrapport Staatscommissie Koopmans, p. 7. Al gebruikte zij, om dit fenomeen te duiden, niet letterlijk deze term.

17. Eindrapport Staatscommissie Koopmans, p. 20-21.

18. Eindrapport Staatscommissie Koopmans, p. 28.

19. Het wetsvoorstel van de WPR uit 1981 categoriseerde persoonsregistraties naargelang zij het recht op privacy potentieel konden beperken. Op deze differentiatie werd veel kritiek geuit, omdat dit criterium onwerkbaar zou zijn in de praktijk. Bovendien zou de vergunningsprocedure die dit voorstel trachtte te introduceren complex en kostbaar zijn en te veel ruimte overlaten aan het bestuur. Zie *Kamerstukken II* 1983/84, 18100, VI, nr. 2; *Kamerstukken II* 1982/83, 17207, nr. 4; C. van Veen, 'Het wetsontwerp op de persoonsregistraties en het bedrijfsleven', *Kwartaalschrift Privacy en Persoonsregistraties* 1983, afl. 3, p. 4 en p. 67 en D.W.F. Verkade, 'Een verhaal vol tegenstrijdigheden', *Kwartaalschrift Privacy en Persoonsregistraties* 1983, afl. 4, p. 23.

20. Tegelijkertijd kwam de rechtsontwikkeling ook op internationaal niveau in een stroomversnelling, in het bijzonder door het Verdrag van Straatsburg uit 1981.

21. *Kamerstukken II* 1984/85, 19095, nr. 1-3, p. 24.

22. Voor persoonsregistratie in de (semi)publieke sector moest een privacyreglement worden opgesteld dat ter inzage moest worden gelegd bij de toenmalige toezichthouder, de Registratiekamer (artikel 19 WPR). Hierin moest een bestuursorgaan rekenschap geven over het doel van de persoonsregistratie, de aard van de gegevensregistratie en aan wie de gegevens waren verstrekt. Ook mochten slechts persoonsregi-

principiële argumenten ter rechtvaardiging van deze differentiatie. Zij overwoog dat registraties in de publieke sector een grotere bedreiging vormden voor de persoonlijke levenssfeer van burgers dan die in het private domein.²³ Zo wees zij op de machtspositie van de overheid binnen verticale rechtsverhoudingen. Burgers hebben vaak geen keuzevrijheid om al dan niet gegevens te verstrekken aan de overheid. Zij zijn van haar afhankelijk voor de toegang tot publieke voorzieningen en moeten daarvoor gegevens afstaan.²⁴ Dit ligt anders binnen private rechtsverhoudingen waar individuen doorgaans wel de vrijheid hebben te besluiten met wie zij rechtsbetrekkingen aangaan.²⁵ Ook wees de regering op de toegenomen informatiebehoefte van de overheid door de ontwikkeling van de verzorgingsstaat. Om publieke diensten te verlenen aan de burger, en ten aanzien van hem beslissingen te nemen, heeft de overheid veel persoonsgegevens nodig. Dit maakt dat gegevensregistraties over burgers in de publieke sector veelomvattender en indringender zijn dan in het bedrijfsleven. De regering stelde daarom dat de hoedanigheid van een individu (burger of consument) en de context waarin de gegevensregistratie plaatsvond (publiek of privaat) de intensiteit van de materiële normering dienden te beïnvloeden.

Terwijl de WPR in materiële normering differentieerde, was rechtsbescherming wél geconcentreerd. Alleen de burgerlijke rechter kon in een verzoekschriftprocedure de rechtmatigheid van persoonsregistraties binnen zowel de overheid als de private sector toetsen.²⁶ De wetgever verdedigde de keuze voor deze concentratie met een inhoudelijk en een praktisch argument. Voor het inhoudelijke argument wees hij op het beperkte instrumentarium van de bestuursrechter in de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet Arob).²⁷ Zijn bevoegdheid om kennis te nemen van een geschil was gekoppeld aan de beschikking.²⁸ Was deze onrechtmatig, dan ging de bestuursrechter over tot vernietiging. Maar dit traditionele vernietigingsberoep was niet toepasbaar op de WPR. Deze wet zag in essentie toe op de normering van feitelijke handelingen: de wijze waarop het bestuur

omging met de registratie van gebundelde persoonsgegevens.²⁹ Maar dergelijke feitelijke handelingen lenen zich niet voor vernietiging. Alleen rechtshandelingen kunnen worden vernietigd.³⁰ Binnen de systematiek van de Wet Arob kon de bestuursrechter houders van persoonsregistraties dus niet bevelen aan burgers inzage te geven in hen betreffende persoonsgegevens, deze gegevens te verbeteren of ze te verwijderen. De burgerlijke rechter daarentegen beschikte wél over het benodigde instrumentarium. Hij kon de rechtmatigheid van een aangevochten feitelijke gegevensregistratie toetsen en het bestuur eventueel veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding. Het praktische argument was dat het naast elkaar bestaan van twee rechtsgangen, een civiele én een bestuursrechtelijke, tot onduidelijkheid zou leiden.³¹

3.2. *Knelpunten in rechtsbescherming*

De WPR was geen daverend succes, zo bleek uit zowel de juridische als sociaalwetenschappelijke wetsevaluaties. In beide evaluaties werden materieel- en procesrechtelijke problemen geconstateerd. Daaruit blijkt dat twee factoren in het bijzonder eraan hebben bijgedragen dat de WPR, en de daarin vervatte rechtsbeschermingsmodaliteit, nauwelijks een rol speelden in de rechtspraktijk.

De eerste factor betrof de vormgeving van de WPR. Haar normen waren ingewikkeld, onduidelijk en moeilijk toegankelijk. De concretisering van belangrijke begrippen, zoals 'houder' en 'persoonsregistratie' liet te wensen over. Deels kwam dit omdat het begrippenkader van de WPR onvoldoende ingebed was in het Nederlands recht. Bij de definiëring van het begrip 'houder' had de wetgever bijvoorbeeld geen aansluiting gezocht bij het publiek- of privaatrechtelijke organisatierecht.³² De gebrekkige inbedding van de WPR kwam haar kenbaarheid, en daarmee haar toegankelijkheid, niet ten goede. Voor een wet die tot doel had de ontwikkeling van het gegevensbescher-

straties worden gecreëerd indien dit noodzakelijk was voor de vervulling van de taak van de houder. Deze registraties mochten enkel persoonsgegevens bevatten die voor het bereiken van het doel van de registratie noodzakelijk waren, aldus artikel 18 WPR.

23. *Kamerstukken II* 1984/85, 19095, nr. 1-3, p. 23.

24. *Kamerstukken II* 1984/85, 19095, nr. 3, p. 23 en *Kamerstukken II* 1986/87, 19095, nr. 6, p. 8 en 30. Frappant is dat het wetsvoorstel uit 1981 als uitgangspunt had dat registraties in de publieke en private sector even indringend waren. Zie *Kamerstukken II* 1981/82, 17207, nr. 3, p. 4. 'Naarmate bijvoorbeeld de taken van de overheid zich op steeds meer gebieden zijn gaan uitstrekken tot de zorg voor individuele burgers, is ook de behoefte bij de overheid aan informatie over die burgers toegenomen. De gegevensverzamelingen die daaruit zijn ontstaan hebben soms een beperkt, soms een vrij indringend karakter. Hetzelfde kan worden gezegd voor tal van instellingen en organisaties in de particuliere sector: sociaal-wetenschappelijk onderzoek, planning en marketing, medische hulpverlening, verzekering en kredietverkeer hebben in meerdere of mindere mate belang bij de beschikbaarheid van persoonlijke gegevens.'

25. *Kamerstukken II* 1984/85, 19095, nr. 3, p. 23 en *Kamerstukken II* 1986/87, 19095, nr. 6, p. 8.

26. Artikel 9, 10 en 34 WPR.

27. *Kamerstukken II* 1986/87, 19095, nr. 6, p. 35-36 en artikel 8 lid 1 Wet Arob.

28. F.C.M.A. Michiels, *De Arob-beschikking* (diss. Nijmegen), Den Haag: Vuga 1987.

29. Er kon pas worden gesproken over een persoonsregistratie in de zin van de WPR, indien sprake was van een samenhangende verzameling van persoonsgegevens. De gegevensregistratie moest bovendien betrekking hebben op verschillende personen. Zie *Kamerstukken II* 1984/85, 19095, nr. 1-3, p. 17.

30. F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking' (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 81.

31. *Kamerstukken II* 1982/83, 17207, nr. 5, p. 34-38 en *Kamerstukken II* 1986/87, 19095, nr. 6, p. 35-36.

32. G. Overkleef-Verburg, *De wet persoonsregistraties. Norm, toepassing en evaluatie* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 566-567 en J.E.J. Prins e.a., *In het licht van de Wet persoonsregistraties: zon, maan of ster? Verslag van een sociaalwetenschappelijke evaluatie van de Wet Persoonsregistraties*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1995, p. 124 en 130.

mingsrecht te sturen en de kenbaarheid ervan te vergroten,³³ was de WPR bedroevend onbekend. Het gegevensbeschermingsrecht kreeg hierdoor de reputatie van een mandarijnenwetenschap die alleen toegankelijk was voor ingewijde juristen, zonder relevantie voor de rechtspraak.³⁴ Ook maakten burgers nauwelijks gebruik van hun inzage- en correctierechten.³⁵ Persoonsregistraties werden bovendien vaak niet via de voorgeschreven procedures aangemeld bij de toezichthouder, de Registratiekamer. Werde de wet wél nageleefd, dan hing dat vooral samen met niet-juridische overwegingen, zoals het verantwoordelijkheidsgevoel van instellingen om zorgvuldig met persoonsgegevens om te gaan.³⁶

De tweede factor hield verband met een verlies aan gezag door de opkomst van andere nationale en Europese regelgeving. De WPR heeft lang op zich laten wachten. Tussen de volkstellingsprotesten van 1971 en de inwerkingtreding van de wet in 1989 zat bijna twintig jaar. Toen de WPR eenmaal het levenslicht zag, moest zij concurreren met rechtsnormen die inmiddels bekender waren onder bestuursrechtjuristen, zoals het EVRM en de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) uit 1980. Zo wees het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) vanaf begin jaren '80 belangrijke uitspraken over de rechtmatigheid van persoonsgegevensverzamelingen door de overheid op grond van artikel 8 EVRM.³⁷ Het EVRM groeide hierdoor uit tot hét algemene toetsingskader voor het beslechten van gegevensbeschermingsrechtelijke kwesties in de publieke sector. Hierdoor was de WPR niet in staat de rechtsontwikkeling te sturen.³⁸

Bovenstaande factoren verklaren niet alleen waarom de WPR geen daverend succes was. Zij maken ook inzichtelijk waarom nauwelijks gebruik werd gemaakt van haar rechtsbeschermingsmodaliteit. Omdat de WPR in de rechtspraak niet leefde, werd op haar nauwelijks een beroep gedaan in de rechtszaal. Gegevensbeschermingsrechtelijke geschillen werden niet op basis van de civiel-

rechtelijke rechtsgang van de WPR, maar via sectorale wetgeving, strafrechtelijke bepalingen of algemene rechtsbeginselen uit het publiek- en privaatrecht beslecht.³⁹ De WPR bleef onbekend en onbemind.

4. Codificatie van het bestuursrecht en gegevensbeschermingsrecht: gelijktijdig, maar gescheiden

4.1. Gegevensbescherming en de Algemene wet bestuursrecht

De verwerking van persoonsgegevens vormt een belangrijk onderdeel van iedere bestuurlijke besluitvormingsprocedure. Of een burger in aanmerking komt voor een vergunning, uitkering of subsidie, is afhankelijk van de informatie die een bestuursorgaan over de aanvrager heeft. Toch heeft de wetgever in de Awb, die slechts vijf jaar na de WPR in 1994 in werking trad, nauwelijks nagedacht over gegevensbescherming.⁴⁰ Over de vraag of een bestuursorgaan gegevens over burgers kan opvragen bij derden, kan koppelen in geautomatiseerde bestanden, kan verstrekken aan andere bestuursorganen of mag hergebruiken voor andere doeleinden, daar spreekt de Awb niet of nauwelijks over.⁴¹ Aandacht voor gegevensbescherming was schaars en incidenteel.

Hoe valt deze beperkte aandacht voor gegevensbescherming te verklaren? In een interview licht Michiel Scheltema, voormalig regeringscommissaris voor de Awb en secretaris van de Staatscommissie Koopmans, toe dat ten tijde van de totstandkoming van de Awb gegevensbescherming simpelweg niet werd gezien als een bestuursrechtelijk probleem.⁴² In bestuursrechtelijke kringen had men volgens Scheltema bij gegevensverzameling geen kolossale digitale gegevensbestanden voor ogen. Het uitgangspunt was dat burgers zelf papieren gegevens zouden verstrekken aan bestuursorganen. De normen uit de Awb waren

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

34. Overkleef-Verburg 1995, p. 567.

35. Prins e.a. 1995, p. 130.

36. Prins e.a. 1995, p. 130 en 179. Hierin wordt ook op andere knelpunten gewezen, zoals het techniekafhankelijk kader van de wet.

37. EHRM 7 juli 1989, ECLI:NL:XX:1989:AB9903 (*Gaskin/Verenigd Koninkrijk*) over het recht op inzage in gemeentelijke persoonsdossiers en EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81 (*Leander/Zweden*) eveneens over het inzagerecht in de publieke sector.

38. Overkleef-Verburg 1995, p. 101.

39. Overkleef-Verburg 1995, p. 44 en 54-63.

40. Wel is vanuit bestuursrechtelijk perspectief veel geschreven over de normering van geautomatiseerde besluitvormingsprocedures en de digitale overheid. Zie bijvoorbeeld H. Franken, 'Kanttekeningen bij het automatiseren van beschikkingen', in: H. Franken e.a., *Beschikken en automatiseren* (VAR-reeks 110), Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 7-50; M.M. Groothuis, *Beschikken en digitaliseren* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu uitgevers 2004; M.M. Groothuis, J.E.J. Prins & C.J.M. Schuyt, *De digitale overheid* (VAR-reeks 146), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011; B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & Rechtsbescherming. Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming* (diss. Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2018; het deel 'Digitalisering' in R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 en het deel VI 'Invloed van innovatie en digitalisering op de Awb' in T. Barkhuysen (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Den Haag: Wolters Kluwer 2019.

41. F. Çapkurt & Y.E. Schuurmans, 'Blinde vlek in de Awb: data', in: T. Barkhuysen (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Den Haag: Wolters Kluwer 2019, p. 256. Wat betreft toezicht heeft de Awb wel een link gelegd met de WPR. Op grond van artikel 5:17 Awb kunnen toezichthouders zakelijke gegevens vorderen. Volgens de parlementaire geschiedenis van de WPR hebben gegevens die zijn opgenomen in persoonsregistraties ook een zakelijk karakter. Deze redenering past de wetgever ook toe op de Wbp. Zie hierover ook: CRvB 5 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269 (*DUO/Translink*).

42. Voor dit onderzoek is Michiel Scheltema geïnterviewd. Scheltema was jarenlang regeringscommissaris voor de Awb. Ook heeft hij als secretaris van de Staatscommissie Koopmans de ontwikkeling van de WPR nauw gevolgd. Gezien de sleutelrol die hij heeft gespeeld in de totstandkoming van zowel het gegevensbeschermingsrecht als het bestuursrecht kan de keuze om alleen Scheltema te interviewen worden gerechtvaardigd.

daarom geschreven voor een papieren overheidsbestuur.⁴³ Artikel 4:2 lid 2 Awb is hiervoor illustratief. Het bepaalt dat de burger zelf, via aanvraagformulieren, aan het bestuursorgaan de gegevens dient te verstrekken die nodig zijn voor de beslissing op zijn aanvraag.⁴⁴ Op grond van artikel 4:3 Awb kan hij weliswaar een gegevensverstrekking weigeren indien dit zijn privacy aantast, maar deze bepaling speelde in de praktijk nauwelijks een rol.⁴⁵ Deze bestuursrechtelijke visie op gegevensverzamelingen stond haaks op die van de WPR, die juist gericht was op een gedigitaliseerd en geautomatiseerd bestuur. De WPR was immers gebaseerd op het idee dat overheidsinstanties op grote schaal, en buiten het zicht van burgers, persoonsgegevens zouden kunnen koppelen in geautomatiseerde persoonsregistraties.⁴⁶

Een andere verklaring schuilt in het feit dat de Awb en de WPR verschillende vormen van overheidsmacht reguleerden. Het bestuursrecht beschouwt het bestuursbesluit, waarmee het bestuur eenzijdig ingrijpt in de rechtspositie van de burger, als de meest ingrijpende vorm van machtsuitoefening.⁴⁷ Feitelijke handelingen, zoals de wijze waarop het omgaat met persoonsgegevens of andere informatie, bewerkstelligen geen verandering in de rechtspositie van de burger en vallen daarom buiten het besluitbegrip.⁴⁸ De WPR daarentegen beschouwde juist deze feitelijke handelingen van het bestuur – de verzameling, koppeling en uitwisseling van persoonsgegevens – als de ware vorm van machtsuitoefening. Op basis van persoonsgegevens kan een bestuursorgaan immers vergaande publiekrechtelijke beslissingen nemen op het terrein van sociale zekerheid of belastingen.⁴⁹ Registratie van deze gegevens kan dus bepalend zijn voor de rechtspositie van burgers.

Bovenstaande laat zien dat het bestuursrecht en het gegevensbeschermingsrecht op een belangrijk punt verschillen. Het bestuursrecht is georganiseerd rondom het besluit: de publiekrechtelijke rechtshandeling die eenzijdig de rechtspositie van burgers in het leven roept, wijzigt of beëindigt. Het gegevensbeschermingsrecht daarentegen stelt de verwerking van persoonsgegevens centraal. Dit is een feitelijke handeling. Hoe het bestuur met persoonsgegevens van burgers omgaat, onttrekt zich hierdoor voor

een groot deel aan bestuursrechtelijke controle. Het gevolg is dat de wereld van het bestuursrecht en die van het gegevensbeschermingsrecht zich lastig met elkaar laten verenigen.

4.2. Openbaarheid van bestuur versus gegevensbescherming

In tegenstelling tot gegevensbescherming, werd openbaarheid van bestuur ten tijde van de totstandkoming van de Awb wél gezien als een belangrijk thema. Sterker nog: de noodzaak tot meer openbaarheid was in de jaren '70 een van de voornaamste drijfveren voor codificatie van het bestuursrecht: 'Juist nu de openheid van bestuur van velerlei zijde wordt bepleit zal deze grondwettelijke opdracht tot het vaststellen van algemene regels van bestuursrecht weerklink vinden', aldus de toelichting op artikel 107 Gw.⁵⁰ Hoe valt de beperkte aandacht voor gegevensbescherming, maar de rijkelijke aandacht voor openbaarheid van bestuurlijke informatie vanuit bestuursrechtelijk perspectief te verklaren?

Een mogelijke verklaring daarvoor is dat zowel de Awb als de Wob, anders dan de WRP, toegesneden zijn op het overheidsbestuur. Bij het ontwerpen van de Wob en de Awb heeft van meet af aan coördinatie plaatsgevonden ten aanzien van systematiek en terminologie. Deze coördinatie vond plaats omdat het voornemen bestond om de Wob op termijn te integreren in de Awb.⁵¹ Tussen de Awb en de WPR ontbrak echter een dergelijke synergie. De WPR kende weliswaar aparte voorschriften voor registraties binnen de overheid, maar was wat betreft systematiek niet toegespitst op het bestuursrecht. De WPR had zowel op de overheid als op private actoren betrekking, terwijl de Wob een uitsluitend bestuursrechtelijk karakter had en heeft.

Een andere mogelijke verklaring is dat men zich in de rechtspraktijk slechts in geringe mate bewust was van het belang van gegevensbescherming. Dit gold niet alleen voor de WPR. Ook onder haar rechtsopvolger, de Wbp, leidde het gegevensbeschermingsrecht lange tijd een geïsoleerd bestaan. Het ongelukkige moment van implementatie van de Wbp zou hierbij een belangrijke rol hebben gespeeld. Deze wet trad, net voor de aanslagen in New York, op 1 september 2001 in werking. Hierna

43. B.J. van Ettekoven, 'Werken aan moderne(r) bestuursrechtspraak', *NTB* 2018/71, afl. 10, p. 462.

44. Artikel 4:2 lid 2 Awb.

45. Een inventarisatie op rechtspraak.nl laat zien dat slechts drie uitspraken zijn gewezen op grond van artikel 4:3 Awb. *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht* signaleert slechts zeven uitspraken. Deze beperkte rechtspraak kan natuurlijk ook anders worden geïnterpreteerd, bijvoorbeeld dat nu eenmaal weinig behoefte bestaat aan privacybescherming in deze context.

46. *Kamerstukken II* 1984/85, 19095, nr. 1-3, p. 23.

47. PG Awb I, p. 154-155. Çapkurt & Schuurmans 2019, p. 255.

48. M. Scheltema, 'De wederkerige rechtsbetrekking', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 208-210.

49. *Kamerstukken II* 1984/85, 19095, nr. 1-3, p. 23 en *Kamerstukken II* 1986/87, 19095, nr. 6, p. 8.

50. *Kamerstukken II* 1977/78, 15046, nr. 3, p. 6 en B. de Goede en H.Th.J.F. van Maarseveen (red.), *Hoe openbaar wordt ons bestuur?*, Den Haag: Vuga-Boekerij 1969, p. 216-242.

51. *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 13 en *Kamerstukken II* 1995/96, 24400, VI, nr. 3, p. 1.

ontstond binnen overheden wereldwijd een politiek klimaat van risicobeheersing, waarin de nadruk lag op informationele solidariteit: het verzamelen van zo veel mogelijk informatie om terrorisme te voorkomen.⁵² Gegevensbescherming delfde in dit klimaat het onderspit tegen veiligheid.⁵³ Ook de toezichthouder slaagde er niet in het gegevensbeschermingsrecht op de kaart te zetten.⁵⁴ Het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP), die thans opereert onder de naam Autoriteit Persoonsgegevens, was lange tijd slechts een papieren tijger. Als uit de jaarverslagen van het CBP tussen 2002 en 2017 één constante moet worden aangewezen, dan is het wel dat de toezichthouder structureel onderbemand en overwerkt was.⁵⁵ Hierdoor kon het CBP vaak niet overgaan tot handhaving.⁵⁶ Daar waar het wél actie ondernam, liep het tegen het probleem aan geen stok achter de deur te hebben om daadwerkelijke naleving af te dwingen. Het CBP kon tot 2016 een boete opleggen van maximaal € 4500, in situaties waarin de meldplicht werd overtreden.⁵⁷ Instanties die persoonsgegevens verwerkten, waren daarvan niet onder de indruk en namen het risico op een boete op de koop toe. Dit was een doorn in het oog van het CBP. Zo schreef Jacob Kohnstamm, toenmalig voorzitter: 'Zonder boetebevoegdheid is de kans groot dat naleving van het fundamentele recht op bescherming van persoonsgegevens een fictie wordt.' Pas in 2016 kreeg de toezichthouder, met de inwerkingtreding van de Wet meldplicht datalekken, de bevoegdheid om hogere bestuurlijke boetes op te leggen bij schendingen van de Wbp.⁵⁸

Deze verklaringen illustreren twee zaken. In de eerste plaats dat vanuit bestuursrechtelijk perspectief lange tijd is gedacht dat de democratische rechtsstaat vooral openbaarheid van bestuur vergt. Gegevensbescherming lijkt vanuit dat perspectief een 'vreemdlichaam'. In de tweede plaats maken zij duidelijk dat het gegevensbeschermingsrecht om uiteenlopende redenen zelf grote moeite had

om een sturende functie te vervullen in de rechtspraak.⁵⁹

5. De Wet bescherming persoonsgegevens

5.1. De eerste stap richting europeanisering: de Dataprotectierichtlijn 1995

De WPR was de eerste en tegelijkertijd enige gegevensbeschermingswet waar de Nederlandse wetgever volledige zeggenschap over heeft gehad.⁶⁰ Slechts één jaar na haar inwerkingtreding in 1989, nam de Europese Commissie in 1990 het initiatief om het gegevensbeschermingsrecht te harmoniseren met haar voorstel voor een Dataprotectierichtlijn. Aanleiding hiervoor was de fragmentatie binnen de interne markt: zeven van de (destijds) twaalf lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap (nu Europese Unie) hadden eigen gegevensbeschermingswetten die onderling sterk verschilden, wat de mededinging belemmerde.⁶¹ Met de Dataprotectierichtlijn trachtte de Europese Commissie deze belemmeringen weg te nemen. De richtlijn trad in 1995 in werking en was gelijkelijk van toepassing op alle denkbare verwerkingen van persoonsgegevens, in zowel de publieke als de private sector.

De wetgever implementeerde de Dataprotectierichtlijn in de Wbp, die in 2001 in werking trad. Anders dan de WPR, die persoonsregistraties binnen de overheid onderwierp aan strengere regulering terwijl voor de private sector een lichter regime gold, was de Wbp een omnibuswet. Zij was gelijkelijk van toepassing op gegevensverwerkingen in het publieke en het private domein. Zowel tijdens de parlementaire behandeling van de Wbp als na haar inwerkingtreding zijn vraagtekens gezet bij deze omnibusbenadering.⁶² Zou gegevensbescherming niet beter kunnen worden opgenomen in de Awb om de ver-

52. M. Hirsch Ballin, 'Informatieel solidariteit bij terrorismebestrijding', *NJB* 2016/1342 en E.J. Koops, 'Het failliet van het grondrecht op dataprotectie', in: J.E.J. Prins e.a. (red.), *16 miljoen BN'ers? Bescherming van persoonsgegevens in het digitale tijdperk*, Leiden: Stichting NJCM-boekerij 2010, p. 102-103.

53. De Commissie veiligheid en persoonlijke levenssfeer trachtte met het onderzoeksrapport 'Gewoon doen, beschermen van veiligheid en persoonlijke levenssfeer' een balans te vinden tussen veiligheid en gegevensbescherming, maar slaagde hierin niet. Zie hierover: Koops 2010, p. 102-103.

54. B. Heilbron & E. Koopman, 'De tragedie van het privacytoezicht', *De Groene Amsterdammer* 2019, afl. 3.

55. Voor dit onderzoek heb ik de jaarverslagen van het CBP geanalyseerd tussen 2002 (het jaar na inwerkingtreding van de Wbp) en 2017 (het laatste volle jaar voordat de Wbp van toepassing was).

56. *Wat niet weet, wat niet deert. Een evaluatieonderzoek naar de werking van de Wet bescherming persoonsgegevens in de praktijk*, Den Haag: WODC 2008, p. 42.

57. Op grond van artikel 27 lid 1 Wbp bestond een verplichting om bij het CBP een melding te maken van (deels) geautomatiseerde gegevensverwerkingen. Tot 2016 kon de toezichthouder een boete opleggen van maximaal € 4500 (artikel 66 Wbp). Van deze bevoegdheid maakte de toezichthouder nauwelijks gebruik.

58. Per 1 januari 2016 kon de toezichthouder op grond van de Wet meldplicht datalekken wel een boete opleggen van maximaal € 810 000.

59. Naast het ontbreken van een effectieve boetebevoegdheid en bewustzijn over gegevensbescherming, werd ook de gelaagde, open en technologie-neutrale normering van het gegevensbeschermingsrecht ervaren als een groot knelpunt. Zie daarover: G.J. Zwenne e.a., *Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens. Literatuuronderzoek en knelpuntenanalyse*, Den Haag: WODC 2007 en P.H. Blok, 'De waarde van een omnibuswet', *P&I* 2005, afl. 6, p. 246-252.

60. Natuurlijk werd wel naar andere rechtsstelsels, verdragen en het Europees recht gekeken. Zo heeft het Verdrag van Straatsburg, ook wel bekend als Verdrag 108, grote invloed gehad op de vormgeving van de WPR.

61. Namelijk Denemarken, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk, Ierland, Luxemburg en Nederland.

62. Deze zijn wel zeer uitvoerig in de literatuur besproken. Zie P.H. Blok, *Het recht op privacy* (diss. Tilburg), Ben Haag: BJu 2002, p. 303; P.H. Blok, 'De grondslagen van het gegevensbeschermingsrecht herzien', *RMThemis* 2002, afl. 1, p. 17-26; Blok, 2005; C. Cuijpers, *Privacyrecht of privaatrecht? Een privaatrechtelijk alternatief voor de implementatie van de Europese privacyrichtlijn* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004; P.J. Hustinx, 'Bescherming van persoonsgegevens op koers', *RMThemis* 2004, afl. 5, p. 270-272 en J.M.A. Berkvens, 'Na 15 jaar privacywetgeving', *RMThemis* 2004, afl. 5, p. 267-269.

binding met het bestuursrecht te waarborgen?⁶³ De wetgever koos toch voor zelfstandige codificatie. Dit zou de overzichtelijkheid, kenbaarheid en systematiek van het gegevensbeschermingsrecht als nieuw te ontwikkelen rechtsgebied vergroten.⁶⁴ ‘We zullen moeten wennen aan het ontstaan van een nieuw rechtsgebied’, stelde de wetgever tijdens de parlementaire behandeling van de wet.⁶⁵ Met de kritische evaluaties van de WPR in het achterhoofd, nam hij wel verschillende maatregelen om de aansluiting van het gegevensbeschermingsrecht op het bestuursrecht te verbeteren, in het bijzonder ten aanzien van rechtsbescherming.

Anders dan de WPR, voorzag de Wbp in een gedifferentieerd systeem van rechtsbescherming. De wetgever was de mening toegedaan dat de rechtmatigheidscontrole van een gegevensverwerking moest plaatsvinden in de context van het rechtsgebied waarin zij had plaatsgevonden.⁶⁶ Verwerkingen in het private domein bleven daarom vallen onder de bevoegdheid van de burgerlijke rechter. Rechtsbescherming tegen gegevensverwerkingen in de publieke sector daarentegen werd bij de bestuursrechter ondergebracht. Aldus kreeg de bestuursrechter onder de Wbp een nieuwe bevoegdheid. Ter rechtvaardiging van deze bevoegdheid wees de wetgever op de rol van persoonsgegevens binnen bestuurlijke besluitvormingsprocedures. De verwerking van persoonsgegevens speelt binnen overheidsinstanties een belangrijke rol. Deze gegevens vormen de basis voor beslissingen die overheidsinstanties nemen. De rechtmatigheid van deze beslissingen wordt voorgelegd aan de bestuursrechter. Daarom moet ook de rechtmatigheid van gegevensverwerkingen die nauw samenhangen met deze bestuursbesluiten, in die context – dat wil zeggen in het kader van de bestuurlijke besluitvormingsprocedure – worden beoordeeld.⁶⁷

Artikel 45 Wbp vormde de sleutel tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming.⁶⁸ De Wbp kent ‘betrokkenen’, degenen op wie de gegevensverwerking betrekking heeft, verschillende informatierechten toe, zoals het recht op inzage, correctie of verwijdering van persoonsgegevens. Deze rechten stellen hen in staat om te controleren of hun persoonsgegevens rechtmatig en zorgvuldig zijn verwerkt. Artikel 45 Wbp stelde beslissingen van bestuursorganen op dergelijke informatieverzoeken gelijk aan een

besluit in de zin van de Awb waartegen bezwaar en beroep openstond.⁶⁹ Opvallend is dat de wetgever dit artikel oorspronkelijk overbodig achtte.⁷⁰ Een beslissing van een bestuursorgaan op een Wbp-informatieverzoek zou zonder meer kwalificeren als een appellabel Awb-besluit, want ‘het betreft een weigering of toewijzing door een bestuursorgaan van een recht dat aan de betrokkene krachtens het wetsvoorstel is toegekend, hetgeen als een rechtshandeling in de zin van artikel 1:3 Awb kan worden beschouwd’.⁷¹ Toch achtte de wetgever artikel 45 Wbp noodzakelijk. De bevoegdheid van de bestuursrechter om feitelijke gegevensverwerkingen over de band van Wbp-informatieverzoeken te toetsen vormde een belangrijke vernieuwing ten opzichte van de WPR, die enkel de civiele verzoekschriftprocedure kende. Met artikel 45 Wbp heeft hij het bestaan van deze nieuwe bevoegdheid buiten twijfel willen stellen.

5.2. Fragmentatie in rechtsbescherming

Alhoewel het Wbp-informatieverzoek de sleutel was tot de bestuursrechter, leidde gebruik ervan niet altijd tot effectieve rechtsbescherming. Op grond van een Wbp-verwijderingsverzoek – een van de mogelijke informatieverzoeken – kon een burger bijvoorbeeld de rechtmatigheid van een feitelijke gegevensverwerking door een bestuursorgaan voorleggen aan de bestuursrechter.⁷² Maar wil dit verzoek enige betekenis hebben, dan dient de burger te weten welke persoonsgegevens zijn verwerkt. Zonder transparantie hierover kan hij zich immers niet in rechte verweren. Hier liep het in de praktijk echter mis. Het besluitbegrip bleek in deze context te knellen. Zo kon een burger een bestuursorgaan verzoeken om inzage, waarop het een appellabel inzagebesluit nam. De burger die op deze manier trachtte te achterhalen of het bestuur zijn persoonsgegevens had verwerkt, en vervolgens de onrechtmatigheid hiervan aan de bestuursrechter beoogde voor te leggen of een schadeverzoek wilde indienen, kon echter lang niet altijd bij hem terecht. De bevoegdheid van de bestuursrechter was namelijk beperkt tot het vellen van een oordeel over de rechtvaststelling van dat Wbp-inzagebesluit (heeft de burger recht op inzage of is het feitenonderzoek zorgvuldig verricht?). Maar hij kon niet oordelen over het daaraan voorafgaande gegevensverwerkingsproces, omdat dit een feitelijke handeling van het bestuur betrof.

63. *Kamerstukken I 1999/2000*, 25892, nr. 92b, p. 4-5; *Kamerstukken I 1999/2000*, 25892, nr. 92c, p. 7-8 en *Kamerstukken I 1999/2000*, 25892, nr. 34, p. 2.

64. *Kamerstukken I 1999/2000*, 25892, nr. 92c, p. 7-8 en 16.

65. *Kamerstukken I 1999/2000*, 25892, nr. 92c, p. 16.

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

67. *Kamerstukken II 1997/98*, 25892, nr. 3, p. 25.

68. Ook konden betrokkenen zich wenden tot de toezichthouder, die ambtshalve of na een handhavingsverzoek, onderzoek kon instellen tegen een gegevensverwerking. Tegen zijn beslissingen stond vervolgens bezwaar en beroep open bij de bestuursrechter. Wegens de nadruk van deze bijdrage op de bevoegdheid van de bestuursrechter, zal de verkrijging van rechtsbescherming via de toezichthouder buiten beschouwing worden gelaten.

69. De betrokkene is degene op wie de gegevens betrekking hebben.

70. *Kamerstukken II 1997/98*, 25892, nr. 3, p. 174.

71. *Kamerstukken II 1997/98*, 25892, nr. 3, p. 174. Peters stelt daarentegen dat een reactie van een bestuursorgaan op een gegevensbeschermingsrechtelijk informatieverzoek geen publiekrechtelijke rechtshandeling behelst. Hij stelt dat een dergelijk informatierecht een verplichting vormt voor de verwerkingsverantwoordelijke. En dat er derhalve geen sprake is van een bevoegdheidsuitoefening door een bestuursorgaan, maar een voldoen aan diens rechtsplicht. Zie J.A.F. Peters, ‘De dubbele moraal in het publiekrecht’, *NTB* 2018/47, afl. 6, p. 256.

72. Op grond van artikel 36 lid 1 Wbp kon een betrokkene een verwerkingsverantwoordelijke verzoeken zijn persoonsgegevens te verwijderen, indien deze in strijd met een wettelijk voorschrift waren verwerkt.

De volgende casus illustreert dit probleem. Zij heeft betrekking op de plaatsing van persoonsgegevens door bestuursorganen op een besloten digitaal VNG-forum, waarop bestuursorganen overleggen over de aanpak van Wob-verzoeken.⁷³ Sinds de inwerkingtreding van de 'Wet dwangsom bij niet tijdig beschikken' in 2009, kampten bestuursorganen op grote schaal met Wob-misbruikers.⁷⁴ Burgers overspoelden bestuursorganen met Wob-verzoeken in de hoop dat zij hierop niet tijdig zouden kunnen beslissen. Dit zou bestuursorganen namelijk verplichten tot het betalen van een dwangsom, als zij in gebreke waren gesteld. Een wetswijziging uit 2016 heeft paal en perk gesteld aan deze praktijk. Bestuursorganen zijn niet langer een dwangsom verschuldigd voor niet-tijdig genomen Wob-beslissingen.⁷⁵ Ook heeft de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) een digitaal forum gecreëerd waarop gemeentes onderling informatie over misbruik kunnen delen. In geval van een vermoeden van misbruik kunnen zij elkaar via dit forum waarschuwen.

In de casus ontving de eiser van de VNG een e-mail waaruit bleek dat een bestuursorgaan zijn persoonsgegevens op het digitaal forum had geplaatst. Een medewerker van dit bestuursorgaan liet dat ook telefonisch weten aan de advocaat van de eiser. Via het Wbp-inzagerecht probeerde de eiser te achterhalen welke persoonsgegevens precies op dit forum waren geplaatst en gedeeld met andere bestuursorganen. Het bestuursorgaan verleende hem wel inzage, maar maakte hierbij geen melding van de persoonsgegevens die op het forum waren geplaatst. De berichten op het forum waren notities bedoeld voor intern beraad en vielen daarom buiten de reikwijdte van het inzagerecht, aldus het bestuursorgaan. Het geschil bereikte tweemaal de bestuursrechter. De eerste uitspraak leidde tot vernietiging van het inzagebesluit. Van intern beraad was volgens de bestuursrechter geen sprake omdat de informatie-uitwisseling op het forum plaatsvond tussen vele gemeentelijke bestuursorganen. De tweede uitspraak had betrekking op de nieuwe beslissing op bezwaar. Ook dit besluit vernietigde de bestuursrechter wegens onzorgvuldig feitenonderzoek. Het bestuursorgaan wist immers dat zijn medewerker berichten van eiser op het VNG-forum had geplaatst, maar had desondanks nagelaten zich voldoende in te spannen om te achterhalen welke persoonsgegevens op het forum waren gedeeld.⁷⁶

Nadat de onrechtmatigheid van het inzagebesluit vast was komen te staan, verzocht de eiser de bestuursrechter om het bestuursorgaan te veroordelen tot een schadevergoeding. Zijn persoonsgegevens waren immers in strijd met de Wbp verwerkt. De bestuursrechter nam dit verzoek echter niet in behandeling. Hij verwees hierbij naar artikel 8:88 Awb. Dit artikel bepaalt dat de bestuursrech-

ter zich enkel mag uitlaten over schade die is veroorzaakt door een appellabel onrechtmatig besluit (artikel 8:88 lid 1 sub a Awb), een daarmee samenhangende voorbereidingshandeling (artikel 8:88 lid 1 sub b Awb), het niet tijdig nemen van besluiten (artikel 8:88 lid 1 sub c Awb) of onrechtmatige handelingen jegens ambtenaren die met een besluit zijn gelijkgesteld (artikel 8:88 lid 1 sub d Awb). De bestuursrechter is dus niet bevoegd om te oordelen over schade die is veroorzaakt door feitelijke handelingen van een bestuursorgaan. In casu had de bestuursrechter weliswaar geoordeeld dat sprake was van een onrechtmatig besluit, te weten het onzorgvuldig gemotiveerde inzagebesluit, maar de vraag of de persoonsgegevens rechtmatig op het VNG-forum waren geplaatst betrok hij niet in de rechterlijke toets. Ten aanzien van het verzoek om schadevergoeding voor de plaatsing van gegevens op het forum merkt de bestuursrechter op dat dit een feitelijke handeling is op basis waarvan geen verzoek tot schadevergoeding bij hem kan worden ingediend. Voor een schadevergoeding diende de eiser zich te wenden tot de burgerlijke rechter.

Deze uitspraak biedt een belangrijk inzicht in de bevoegdheidsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter ten aanzien van gegevensbeschermingsrechtelijke geschillen. Zij laat zien dat de bestuursrechter zich enkel beperkt tot de rechtsvaststelling van het besluit. In dit geval is dat de reactie van het bestuursorgaan op het inzageverzoek. De daarmee verbonden persoonsgegevensverwerking kwalificeert als een feitelijke handeling. Daarmee blijft deze buiten de reikwijdte van het inzagebesluit en dus ook buiten de bestuursrechtelijke schadeprocedure. Het gevolg is dat dergelijke geschillen niet integraal door de bestuursrechter werden beslecht.⁷⁷

5.3. De uitzondering op de regel

Op de hierboven beschreven lijn in de jurisprudentie bestond tot voor kort één uitzondering. In 2019 kende een bestuursrechter van de rechtbank Overijssel een vergoeding toe voor schade die voortvloeide uit een onrechtmatige feitelijke gegevensverwerking.⁷⁸ Alhoewel de rechtbank deze vergoeding baseerde op de AVG, was op de beoordeling van de feitelijke gegevensverwerking door het bestuursorgaan nog de Wbp van toepassing. Deze handeling had namelijk in 2013 plaatsgevonden. De uitspraak was opvallend, omdat de bestuursrechter hierin het onderscheid tussen Wbp-inzagebesluiten en feitelijke gegevensverwerkingen in een nieuw licht plaatste.

In de zaak had de eiser via derden vernomen dat het college van B&W van de gemeente Deventer (het college) in 2013 een e-mail over hem had verzonden naar andere bestuursorganen. Het college beoogde zijn collega-bestuursorganen op deze manier te waarschuwen voor een

73. Zie bijvoorbeeld ABRvS 22 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2751; Rb. Rotterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8744; Rb. Rotterdam 4 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4317 en Rb. Midden-Nederland 15 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5430.

74. Rb. Rotterdam 19 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10159; Rb. Rotterdam 25 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7826; Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:75 en F. Bakker, 'Misbruik van de Wet openbaarheid van bestuur', *NJB* 2014/137.

75. Artikel 15 Wob.

76. Rb. Rotterdam 27 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4265. Zie ook ECLI:NL:RBMNE:2019:5430.

77. Zie bijvoorbeeld ook: Rb. Midden-Nederland 15 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5430, r.o. 7.2.

78. Rb. Overijssel 18 juli 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2496 (*Deventerse doorzending I*) en Rb. Overijssel 28 mei 2019, ECLI:NL:RBOVE:2018:1827, *Computerrecht* 2019/177, m.nt. Q.J. Tjeenk Willink & L. van Sloten (*Deventerse doorzending II*).

Wob-misbruiker. Nadat de eiser op de hoogte was gebracht van deze gegevensverstrekking, diende hij een inzageverzoek in bij het college. Het kwam aan dit verzoek tegemoet, maar niet naar volle tevredenheid van de eiser. De e-mail uit 2013 ontbrak namelijk in dit overzicht. Het college stelde echter dat de e-mail niet binnen de reikwijdte van de Wbp viel en weigerde daarom inzage te verlenen. In beroep ging de bestuursrechter hier niet in mee. Naar zijn oordeel viel een e-mail die persoonsgegevens bevat wel degelijk onder de reikwijdte van de Wbp. Daarom had het college moeten onderzoeken of zij persoonsgegevens van de eiser vaker had verwerkt in de e-mailboxen van de gemeente.

Tot dusver was deze uitspraak in lijn met eerdere jurisprudentie. Maar vervolgens toetste de bestuursrechter ook of de doorzending van de e-mail uit 2013 rechtmatig was. Dit betekende dat hij over de band van het Wbp-inzagebesluit de rechtmatigheid van de feitelijke bestuurs-handeling – de doorzending van de e-mail – toetste. De bestuursrechter oordeelde dat deze doorzending in strijd was met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in artikel 8 Wbp. Het Deventerse college had de andere bestuursorganen ook kunnen informeren zonder de persoonsgegevens van de eiser te vermelden. Ook stelde de bestuursrechter vast dat deze gegevensverwerking niet berustte op een van de in artikel 8 Wbp limitatief opgesomde gronden voor gegevensverwerking. Aldus verklaarde de bestuursrechter de doorzending van de e-mail onrechtmatig. Omdat geen hoger beroep werd ingesteld tegen deze uitspraak, heeft zij gezag van gewijsde gekregen. Daarmee is de onrechtmatigheid van de feitelijke bestuurshandeling vast komen te staan.

In de nieuwe beslissing op bezwaar vulde het college vervolgens het inzagebesluit aan, maar wees het verzoek om schadevergoeding af. Bij de bestuursrechter slaagde dit verzoek echter wel. Ook hier zette de bestuursrechter een opmerkelijke stap. Hij kende schadevergoeding toe aan de eiser omdat deze door de feitelijke handeling – de doorzending van de e-mail – controle over zijn persoonsgegevens had verloren en daarmee in zijn persoon was aangetast. De bestuursrechter erkende dus schade veroorzaakt door onrechtmatig feitelijk handelen. Dit betekent dat in zijn ogen de schadeveroorzakende handeling niet het onrechtmatige inzagebesluit was, maar de onrechtmatige feitelijke gegevensverwerking die aan dat besluit voorafging.

5.4. De twee lijnen van de bestuursrechter gezien vanuit de wetshistorie van de Wbp

Hoe dient de bovenstaande jurisprudentie te worden beoordeeld? De gangbare lijn, waarbij de bestuursrechter alleen het Wbp-besluit zelf toetst en dus niet daarmee verbonden feitelijke gegevensverwerkingen, sluit goed aan bij de systematiek van de Awb waarin rechtsbescherming is gekoppeld aan het besluitbegrip. Vaak zorgt dit ook niet voor problemen, met name in het geval van klassieke bestuurshandelingen die volledig zijn geconcentreerd binnen één besluit, zoals de verlening van vergunningen, subsidies of uitkeringen. Het besluit omvat dan

namelijk de rechtshandeling die de burger wil voorleggen aan de rechter.

In het gegevensbeschermingsrecht ligt de zaak echter anders. Hier vervult het besluit namelijk een andere rol. Dat zit zo. Het besluit is een instrument waarmee de burger over een feitelijke bestuurshandeling – de wijze waarop een bestuursorgaan persoonsgegevens verwerkt – informatie probeert in te winnen. Zo kan hij controleren of op hem betrekking hebbende persoonsgegevens rechtmatig zijn verwerkt. Het gaat de burger dus niet zozeer om het informatiebesluit zelf, maar om de gegevensverwerking die ermee samenhangt. Het probleem is echter dat die samenhangende gegevensverwerking in de systematiek van de Awb buiten de reikwijdte van het besluit valt. En omdat de bevoegdheid van de bestuursrechter gekoppeld is aan het besluitbegrip, onttrekt de feitelijke gegevensverwerking zich ook aan bestuursrechtelijke toetsing en controle. De handeling die vanuit het oogpunt van gegevensbescherming er het meest toe doet, blijft als gevolg hiervan buiten het bereik van de bestuursrechter. Burgers kunnen zich weliswaar altijd wenden tot de burgerlijke rechter, die hierover wél een oordeel kan vellen, maar de vraag is of dit leidt tot effectieve rechtsbescherming. Het burgerlijk procesrecht is voor burgers, door de verplichte procesvertegenwoordiging en hoge griffierechten, ingewikkelder en kostbaarder dan het bestuursprocesrecht.

Zo bezien zijn de uitspraken van de rechtbank Overijssel lovenswaardig. Zij hebben immers als gevolg dat feitelijke gegevensverwerkingen die nauw verbonden zijn met een appellabel Wbp-inzagebesluit wél aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd. De paradox is dat deze uitspraken juist in overeenstemming zijn met de oorspronkelijke intentie van de wetgever. Deze trachtte met de invoering van de Wbp aan de bestuursrechter juist meer modaliteiten toe te kennen om de rechtmatigheid van feitelijke gegevensverwerkingen te toetsen. Een van de grootste knelpunten van de voorganger van de Wbp, de WPR, was immers dat zij zorgde voor een gefragmenteerde bevoegdheidsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter ten aanzien van rechtsbescherming tegen gegevensverwerkingen door bestuursorganen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever dit onwenselijk achtte:

‘De thans bestaande situatie dat de burger voor beroep tegen Awb-besluiten bij de bestuursrechter dient te zijn, terwijl hij voor het aanvechten van daarmee samenhangende gegevensverwerkingen zich tot de burgerlijke rechter moet wenden, is onduidelijk. Om die reden is ervoor gekozen om gegevensverwerkingen in de publieke sector te laten beoordelen door de bestuursrechter in de context van de bestuurlijke besluitvorming. De bestuursrechter achten wij daarvoor het meest geschikt.’⁷⁹

De wetgever pleit hier om over de band van een voor beroep vatbaar besluit de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in het gegevensbeschermingsrecht te versterken. Een dergelijke versterking betekent niet dat het be-

79. *Kamerstukken II 1998/99*, 25892, nr. 6, p. 20.

sluitbegrip moet worden verlaten in gegevensbeschermingsrechtelijke kwesties. Wel dient het zo te worden geïnterpreteerd dat feitelijke gegevensverwerkingen die nauw verbonden zijn met een (informatie)besluit, onder zijn reikwijdte moeten vallen. De wetgever had dus, zonder enige twijfel, de intentie om rechtsbescherming tegen gegevensverwerkingen door bestuursorganen te concentreren bij de bestuursrechter. De tot voor kort gangbare lijn in de jurisprudentie miskende deze intentie. De uitspraken van de rechtbank Overijssel vormden hierop een uitzondering. Interessant is dat de Afdeling bestuursrechtspraak recentelijk de Uitvoeringswet AVG heeft aangegrepen om van deze uitzondering de regel te maken.

6. De Algemene verordening gegevensbescherming

6.1. Het voorlopige sluitstuk van Europese integratie in het gegevensbeschermingsrecht

De AVG is in mei 2016 in werking getreden en in mei 2018 van toepassing geworden. Hierdoor zijn de Dataprotectierichtlijn en de daarop gebaseerde Wbp komen te vervallen. De verordening wordt alom beschouwd als een kantelpunt in de bescherming van persoonsgegevens. Hoewel daarbij niet vergeten mag worden dat zij grotendeels de systematiek van de Dataprotectierichtlijn continueert, introduceert de verordening inderdaad belangrijke vernieuwingen ten aanzien van het toezicht binnen en tussen de lidstaten van de EU, versterkt zij de informatie-rechten van burgers en introduceert zij strengere transparantieplichtingen voor instanties die persoonsgegevens verwerken.⁸⁰ Maar nog belangrijker dan deze wettelijke vernieuwingen, is wellicht de toegenomen bewustwording over het belang van gegevensbescherming in de praktijk. Anders dan haar rechtsvoorgangers heeft de AVG het belang van gegevensbescherming wél op de kaart weten te zetten, in het bijzonder door de toezichthouder te voorzien van een nieuwe en forse boetebevoegdheid.⁸¹ Zo kan de Autoriteit Persoonsgegevens, die een verdubbeling van haar budget heeft gekregen, niet-naleving van de verordening sanctioneren met een bestuurlijke boete van maximaal € 20 miljoen of 4% van de wereldwijde jaaromzet.⁸² Mede door de angst voor een torenhoge boete krijgt gegevensbescherming in de rechtspraak nu wél prioriteit. Ook onder burgers lijkt meer bewustzijn te bestaan over het belang van gegevensbescherming, zoals blijkt uit het maatschappelijk debat over de kinderopvangtoeslagaffaire, de corona-app en het referendum

over de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Deze stijging van het maatschappelijk bewustzijn wordt ook bevestigd in de evaluaties van de AVG die recentelijk door de Europese Commissie en de Fundamental Rights Agency zijn gepubliceerd.⁸³

Met deze integrale herziening van het gegevensbeschermingsrecht heeft de Europese wetgever ook voor een nieuw rechtsinstrument gekozen. De richtlijn is ingeruild voor een verordening. Waarom is gekozen voor een herziening, en bovendien door middel van een verordening? Allereerst de herziening zelf. Sinds de inwerkingtreding van de Dataprotectierichtlijn heeft de technologisering zich in een razend tempo voltrokken. Toen de richtlijn in de jaren '90 tot stand kwam, stond het internet nog in de kinderschoenen.⁸⁴ In de daaropvolgende decennia is het in een rap tempo uitgegroeid tot een onmisbaar onderdeel van het dagelijks leven.⁸⁵ Door digitalisering raakt de offline wereld steeds meer vervlochten met de online wereld. Vrijwel iedere handeling van burgers – of het nu gaat om reisbewegingen in het openbaar vervoer, surfgedrag op het internet of museumbezoeken – laat tegenwoordig digitale sporen achter. Met de maatschappij digitaliseert ook de overheid. Voor het uitvoeren van publieke taken en het opsporen van fraude gebruiken overheden meer dan ooit gegevens van burgers. Met nieuwe technologieën, zoals *big data analytics* en *artificial intelligence*, kunnen zij gegevens makkelijker verzamelen, combineren en analyseren om zo nieuwe informatie te genereren. In toenemende mate wisselen overheden ook informatie uit over burgers via digitale platforms en verzamelen zij, vaak zonder dat burgers dit weten, informatie over hen met wifi of gps-trackers, slimme camera's of sensoren in de publieke ruimte.⁸⁶ Deze ontwikkelingen hebben ook tot gevolg dat in het recht anders wordt gekeken naar gegevensbescherming. Dit verwoordde de rechtbank Den Haag in de *SyRI*-uitspraak recentelijk zeer treffend: naarmate de technologisering voortschrijdt en de overheid meer middelen heeft om gegevens van burgers te koppelen, komt ook aan het recht op gegevensbescherming grotere betekenis toe.⁸⁷ Voor het gegevensbeschermingsrecht is dus definitief een nieuw tijdperk aangebroken.

Dan de keuze voor het rechtsinstrument van de verordening. De Dataprotectierichtlijn slaagde er niet in de fragmentatie ten aanzien van gegevensbescherming binnen

80. *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 5.

81. Artikel 58 en 83 AVG. Zie ook: R. Wiekeraad, 'Kan het Nederlands bestuurs(proces)recht voldoen aan de verwachting die artikel 82 AVG schept?', *Gst.* 2020/24 en F.C. van der Jagt-Vink, 'Schadevergoeding onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming', *MvV* 2019, afl. 7-8.

82. Artikel 83 AVG.

83. Europese Commissie, *Gegevensbescherming als pijler van zeggenschap van de burger en de EU-aanpak van de digitale transformatie – twee jaar toepassing van de algemene verordening gegevensbescherming*, COM(2020)264, p. 9 en Fundamental Rights Agency, *Your rights matter: data protection and privacy*, 2020, p. 12 (onderzoek verricht in samenwerking met het CBS).

84. Overweging 5 considerans AVG.

85. V. Mayer-Schönberger & K. Cukier, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, Londen: John Murray Publishers 2013.

86. Advies Afdeling advisering Raad van State van 31 augustus 2018, *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, nr. 557; Rathenau Instituut, *Opwaarderen. Borgen van publieke waarden in de digitale samenleving*, Den Haag: Rathenau Instituut 2017; WRR, *Big data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016 en WRR, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

87. Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:865, r.o. 6.5 (*SyRI*).

de interne markt weg te nemen.⁸⁸ Grote inhoudelijke verschillen tussen lidstaten en rechtsonzekerheid bleven bestaan. Met een verordening, die rechtstreeks doorwerkt, heeft de Europese wetgever getracht deze belemmeringen weg te nemen.

6.2. Rechtsbescherming, de Uitvoeringswet AVG en de Afdeling bestuursrechtspraak

Alhoewel de AVG, als verordening, rechtstreekse toepassing heeft, verplicht zij lidstaten tot nadere implementatie. De Nederlandse wetgever heeft aan deze plicht voldaan met de Uitvoeringswet AVG. Ten aanzien van rechtsbescherming heeft deze wet geen vernieuwingen geïntroduceerd. Zij heeft het systeem voor rechtsbescherming een-op-een overgenomen uit de Wbp. Een beslissing van een bestuursorgaan op een verzoek van een betrokkene als bedoeld in de artikelen 15-22 AVG levert dus ook nu een bestuursrechtelijk besluit op waartegen bezwaar en beroep openstaat bij de bestuursrechter.⁸⁹ De keuze dit systeem ongewijzigd te laten, was niet gebaseerd op fundamentele overwegingen. Integendeel, zij werd gedreven door tijdnood: de Uitvoeringswet AVG moest in zeer hoog tempo door beide Kamers worden gelooft. De wetgever heeft de Uitvoeringswet AVG dus niet aangegrepen om de systematiek voor rechtsbescherming, en daarmee de bevoegdheidsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter ten aanzien van feitelijke gegevensverwerkingen, te herzien.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft dit recentelijk echter wél gedaan. In een viertal uitspraken oordeelt zij dat de bestuursrechter verzoeken om schadevergoeding voor onrechtmatige feitelijke gegevensverwerkingen wél mag beoordelen over de band van artikel 8:88 lid 1 sub a Awb. Daarmee hernieuwt zij de rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter op dit terrein. Drie zaken hadden betrekking op de verwerking van persoonsgegevens in Wob-procedures⁹⁰ en een draaide om een individu wiens medische gegevens in strijd met de AVG waren verstrekt aan een tuchtcollege voor de gezondheidszorg.⁹¹ De Afdeling sluit alle 1-april-uitspraken, die vergezeld gingen met een persbericht,⁹² af met een duiding van de betekenis van de rechtspraak voor de rechtspraktijk. Hiermee heeft de Afdeling buiten kijf willen stellen dat zij een nieuwe koers is gaan varen.

De 1-april-uitspraken roepen verschillende vragen op: hoe kan de Afdeling een nieuwe bevoegdheid voor de bestuursrechter construeren, als de wetgever in de Uitvoeringswet AVG de systematiek voor rechtsbescherming een-op-een heeft overgenomen uit de Wbp? En betekent dit dat de bestuursrechter, ook buiten de bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure om, de rechtmatigheid van feitelijke gegevensverwerking kan toetsen? De redenering van de Afdeling ten aanzien van deze bevoegd-

heidsvraag is zeer bijzonder. Zij baseert haar bevoegdheid om over de band van artikel 8:88 Awb in schadezaken feitelijke gegevensverwerkingen te toetsen op twee punten: ten eerste op artikel 82 AVG, en ten tweede op de totstandkomingsgeschiedenis van de Uitvoeringswet AVG. Dit is zeer opmerkelijk, want uit geen van deze aangevoerde gronden blijkt dat de bestuursrechter deze bevoegdheid toekomt.

Allereerst artikel 82 AVG. Deze bepaling kent eenieder die schade heeft geleden door schending van de verordening een recht op schadevergoeding toe. Maar zij bevat geen regels over de bevoegdheid van nationale rechters om te oordelen over schadeverzoeken. Dit is ook logisch, nu dit een vraagstuk betreft dat binnen de institutionele en procedurele autonomie van de lidstaten valt. De AVG bevestigt dit ook in artikel 82 lid 6, waarin zij stelt dat de schadeverzoekprocedure moet worden gevolgd bij de lidstatelijk bevoegde rechter. Dit betekent dat de aanspraak op schadevergoeding weliswaar direct voortvloeit uit het Unierecht, namelijk artikel 82 AVG. Maar het bestuursrechtelijk en privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht bepalen aan welke rechter de bevoegdheid toekomt om te oordelen over AVG-schadevergoedingsverzoeken.

Ten tweede de totstandkomingsgeschiedenis. De Afdeling betoogt in haar uitspraken dat zowel de Wbp als de (Uitvoeringswet) AVG van toepassing zijn. De feitelijke gegevensverwerkingen vonden plaats toen de Wbp nog van toepassing was. De schadeverzoeken waren echter ingediend nadat de AVG en de Uitvoeringswet in werking waren getreden. Toch beoordeelde de Afdeling de rechtmatigheid van de feitelijke gegevensverwerkingen aan de hand van de AVG. Het materiële en procesrechtelijke kader van de Wbp is immers identiek aan dat van de AVG en de Uitvoeringswet.

Vervolgens brengt de Afdeling de systematiek voor rechtsbescherming uit de Uitvoeringswet AVG in herinnering. Zij stelt vast dat een beslissing van een bestuursorgaan op een informatieverzoek als bedoeld in de artikelen 15-22 AVG op grond van artikel 34 Uitvoeringswet AVG kwalificeert als een bestuursrechtelijk besluit waartegen bezwaar en beroep openstaat. Maar artikel 34 Uitvoeringswet AVG rept met geen woord over de bevoegdheid van de bestuursrechter ten aanzien van schadezaken. Ook in de parlementaire geschiedenis wordt hierover gezweigd. Toch ziet de Afdeling in deze geschiedenis wél aanleiding om de bestuursrechter bevoegd te verklaren. Zij wijst op de implementatietabel bij artikel 82 AVG. Ten aanzien van de ter zake bevoegde rechter, is hierin slechts het volgende opgenomen: '[de, red.] huidige titel 8:4 Awb of civiele rechter'.⁹³ De Afdeling leidt hieruit af dat zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter bevoegd zijn te oordelen over schadevergoedings-

88. Overweging 9 considerans AVG.

89. Artikel 34 UAVG en *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 117.

90. ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:899 (*Deventerse doorzending III*); ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:900 (*NAW-registratie Borsele*) en ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:901 (*NAW-registratie Harderwijk*).

91. ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898, *JB* 2020/104, m.nt. R.J.N. Schlössels (*Gegevensverstrekking Pieter Baan Centrum*).

92. raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@120666/bestuursrechter-kan-vaker/. Geraadpleegd op 2 april 2020.

93. Cursivering door de auteur aangebracht.

verzoeken. Zij verbindt grote gevolgen aan deze minieme verwijzing:

‘De Afdeling leidt daarom uit artikel 8:88 van de Awb in samenhang gelezen met artikel 34 van de Uitvoeringswet AVG 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 artikelen 15 tot en met 22 van de AVG, ook kan worden verzocht om vergoeding van daarmee in verband staande schade.’

Om deze redenering kracht bij te zetten, wijst de Afdeling vervolgens op het Unierecht. Deze concentratie van rechtsbescherming dient volgens haar Europese rechtsbeginselen, in het bijzonder het beginsel van effectieve rechtsbescherming en het doeltreffendheidsbeginsel. Om de bestuursrechter bevoegd te verklaren om een oordeel te vellen over de (on)rechtmatigheid van feitelijke gegevensverwerkingen door bestuursorganen en daarop gebaseerde schadevergoedingsverzoeken, zwakt zij de eis in artikel 8:88 lid 1 sub a Awb, dat de schadeveroorzakende handeling een onrechtmatig besluit moet zijn, af. Een burger moet volgens de Afdeling wel beschikken over een AVG-besluit als bedoeld in artikel 34 Uitvoeringswet, zoals een inzagebesluit of verwijderingsbesluit. Onrechtmatigheid van dit besluit is echter niet langer vereist. Ook hoeft dit besluit geen oordeel te bevatten over de rechtmatigheid van de feitelijke gegevensverwerking waarop het schadevergoedingsverzoek ziet. Met deze innovatieve redenering maakt de Afdeling de facto een onderscheid tussen de materiële en de formele dimensie van het besluitbegrip. Formeel blijft het besluit, in dit geval het AVG-besluit, bepalend voor de bevoegdheid van de bestuursrechter. Maar de materiële dimensie van dat besluit, het gegevensverwerkingsproces, is niet meer medebepalend voor de toegang tot de bestuursrechter. Zij blijft uiteraard wel van belang voor de inhoudelijke beoordeling van het schadevergoedingsverzoek.

Het is echter maar de vraag of de bestuursrechter, ook buiten de schadeverzoekschriftprocedure, de bevoegdheid heeft om te oordelen over de rechtmatigheid van feitelijke gegevensverwerkingen. Deze vraag blijft onbeantwoord in de 1-april-uitspraken. Wel kan voor deze situatie een analogie worden getrokken. Als de bestuursrechter in een schadeverzoekschriftprocedure de rechtmatigheid van een feitelijke gegevensverwerking die aan een AVG-informatiebesluit is gerelateerd mag toetsen, dan zou diezelfde bevoegdheid hem óók moeten toekomen in een reguliere (hoger)beroepsprocedure.

Vanuit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming zijn de 1-april-uitspraken toe te juichen: hiermee zet de Afdeling een belangrijke stap naar effectieve rechtsbescherming in gegevensbeschermingsrechtelijke schadezaken. In het bijzonder maakt zij een einde aan het kunstmatige onderscheid tussen feitelijke gegevensverwerkingen door het bestuur enerzijds en AVG-informatiebesluiten anderzijds. Op deze wijze beëindigt zij de fragmentatie in rechtsbe-

scherming die in paragraaf 5 uitvoerig is besproken. Gegevensbeschermingsrechtelijke geschillen kunnen nu integraal door dezelfde rechter worden beslecht. Dit leidt tot een overzichtelijke rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de civiele rechter. Bovendien past deze ontwikkeling naadloos in de huidige tijdsgeest, waarin de roep om een responsiever en rechtstatelijker bestuursrecht groot is.⁹⁴

Wel is de wijze waarop de Afdeling haar bevoegdheid in deze uitspraken construeert vanuit het oogpunt van rechtsvorming zeer opmerkelijk. De rechtvaardiging om minder strikt vast te houden aan de eis van een onrechtmatig besluit van artikel 8:88 lid 1 sub a Awb baseert zij op een zeer summiere verwijzing, namelijk de implementatietabel bij de memorie van toelichting van de Uitvoeringswet AVG. Dit wringt, want de implementatietabel creëert als zodanig geen nieuwe bevoegdheid voor de bestuursrechter. Zij geeft enkel aan hoe bepalingen uit de verordening, waarbij rechtstreekse werking niet volstaat, toepassing moeten vinden op nationaal niveau. De wetgever heeft dus in de memorie van toelichting geen nieuwe bevoegdheid willen creëren voor de bestuursrechter. Hij had enkel de intentie om aan te sluiten bij de bestaande systematiek van het privaatrecht en bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht. En beredeneerd vanuit die systematiek is een onrechtmatig besluit ingangsvoorwaarde voor de bestuursrechtelijke schadevergoedingsprocedure. De Uitvoeringswet AVG geeft de bestuursrechter dus geen nieuwe instrumenten om zijn rechtsmacht uit te breiden.

In tegenstelling tot de UAVG, had de wetgever zich onder het oude recht, de Wbp, wél expliciet uitgesproken over de wens om rechtsbescherming tegen feitelijke gegevensverwerkingen door bestuursorganen te concentreren bij de bestuursrechter, zoals in paragraaf 5.4 is uiteengezet. Het had daarom in de rede gelegen als de Afdeling haar herinterpretatie van het besluitbegrip voor schadezaken had gebaseerd op de Wbp. Dit had in deze casus ook voor de hand gelegen, nu op de beoordeling van de onrechtmatige feitelijke gegevensverstrekking het oude recht, de Wbp, van toepassing was.⁹⁵ De wetgever heeft meermaals in de parlementaire geschiedenis van deze wet de intentie uitgesproken om over de band van een voor beroep vatbaar besluit de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in het gegevensbeschermingsrecht te versterken. Deze intentie is door de jaren heen stelselmatig genegeerd in de jurisprudentie. Dat was een gemiste kans vanuit het perspectief van effectieve en integrale rechtsbescherming. Dat de Afdeling deze intentie nu alsnog respecteert, is een fraaie ontwikkeling.

7. Conclusie

In deze bijdrage is de lange weg naar effectieve rechtsbescherming tegen gegevensverwerkingen in het publieke domein uiteengezet. Het heeft laten zien dat de afgelopen dertig jaar drie gegevensbeschermingswetten de revue passeerden, namelijk de WPR, de Wbp en de Uitvoerings-

94. M. Scheltema, ‘Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?’, *NTB* 2015/37.

95. Zie ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:901, r.o. 3 en ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898, r.o. 11.

wet AVG. Gebleken is dat in de systematiek van, en rechtspraak over, deze drie wetten zeer uiteenlopend werd gedacht over rechtsbescherming tegen gegevensverwerkingen door bestuursorganen.

Onder de WPR was de heersende leer dat persoonsregistraties binnen de overheid een grotere bedreiging vormden voor de persoonlijke levenssfeer van burgers dan die in de private sector. Toch koos de wetgever ervoor om rechtsbescherming tegen persoonsregistraties in de publieke sector te concentreren bij de burgerlijke rechter. De bestuursrechter zou namelijk niet over het juiste instrumentarium beschikken om rechtsbescherming te bieden aan burgers. De bestuurshandeling die de WPR beoogde te normeren, de registratie van persoonsgegevens door overheidsinstanties, kwalificeerde als een feitelijke handeling. En over dergelijke handelingen kon de bestuursrechter, wiens bevoegdheid gelimiteerd was tot het toetsen en bij onrechtmatigheid vernietigen van besluiten, niet oordelen.

De WPR en de daarin vervatte rechtsbeschermingsmodaliteit konden echter nauwelijks de rechtspraktijk sturen. Ondanks dat deze wet voortkwam uit maatschappelijk ongenoegen over de registratie van persoonsgegevens voor de volkstelling van 1971, zorgde zij niet voor een structureel vergroot bewustzijn over het belang van gegevensbescherming onder de algemene bevolking. Evenmin slaagde zij erin gegevensbescherming in de praktijk te sturen. Haar begrippenapparaat was te complex, werkte lastig door in het Nederlands rechtssysteem en haar naleving liet te wensen over.

De wetgever greep daarom de implementatie van de Dataprotectierichtlijn aan om de systematiek van het gegevensbeschermingsrecht stevig te herzien. In het bijzonder ten aanzien van rechtsbescherming vonden grote veranderingen plaats. De wetgever was de mening toegedaan dat de rechtmatigheidscontrole van een gegevensverwerking moest worden uitgevoerd in de context van het rechtsgebied waarin de verwerking had plaatsgevonden. Verwerkingen in het private domein bleven daarom vallen onder de bevoegdheid van de burgerlijke rechter. Maar rechtsbescherming tegen gegevensverwerkingen in de publieke sector werd vanaf nu bij de bestuursrechter ondergebracht. Aldus kreeg de bestuursrechter onder de Wbp een nieuwe bevoegdheid.

Toch heeft ook de Wbp, net als de WPR, de rechtspraktijk nauwelijks kunnen sturen. Verschillende factoren hebben daaraan bijgedragen, zoals haar onbekendheid in de rechtspraktijk en de beperkte slagkracht van de toezichthouder wegens het ontbreken van een effectieve boetebevoegdheid. Maar ook ten aanzien van rechtsbescherming bleven problemen bestaan. In de kern kwam dit omdat het bestuursrecht en gegevensbeschermingsrecht een ander oriëntatiepunt hebben. Het bestuursrecht is georganiseerd rondom het besluitbegrip: de publiekrechtelijke rechtshandeling die eenzijdig de rechtspositie van burgers in het leven roept, wijzigt of beëindigt. Het gegevensbeschermingsrecht daarentegen stelt de verwerking van persoonsgegevens centraal. Dit is een feitelijke handeling. Hoe een bestuursorgaan met persoonsgegevens

van burgers omgaat, onttrekt zich daardoor grotendeels aan bestuursrechtelijke controle. Door dit verschil in oriëntatiepunt slaagde de Wbp, ondanks de uitdrukkelijke wens van haar opstellers, er maar matig in de bestuursrechter een rol van betekenis te laten spelen bij de toetsing van, en controle op, feitelijke gegevensverwerkingen.

Inmiddels is de AVG al ruim twee jaar van toepassing. Anders dan de WPR en de Wbp heeft dit instrument de zichtbaarheid van het gegevensbeschermingsrecht wél weten te vergroten. Zo heeft de AVG het bewustzijn van gegevensbescherming in de rechtspraktijk versterkt, in het bijzonder door de AP te voorzien van een stevige boetebevoegdheid. Ook burgers zijn zich meer bewust van het belang van gegevensbescherming, zoals blijkt uit de maatschappelijke debatten over de kinderopvangtoeslagaffaire, de corona-app en de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

Het belang van gegevensbescherming heeft tevens de bestuursrechtspraak bereikt. Dat blijkt onder meer uit de 1-april-uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak. De wetgever heeft in de Uitvoeringswet AVG de systematiek voor rechtsbescherming onveranderd overgenomen uit de Wbp. Maar de Afdeling heeft in deze uitspraken, op basis van een innovatieve lezing van de parlementaire geschiedenis van de Uitvoeringswet AVG, de bestuursrechter toch bevoegd verklaard om de rechtmatigheid van feitelijke gegevensverwerkingen in bestuursrechtelijke schadezaken te toetsen. Het bestuursrechtelijke oriëntatiepunt, te weten het besluitbegrip, wordt hierdoor aanzienlijk afgezwakt. Twintig jaar nadat de wetgever, in het kader van de Wbp, de wens uitsprak om het gegevensbeschermingsrecht en het bestuursrecht beter op elkaar te laten aansluiten, heeft de Afdeling hiertoe onlangs een fundamentele stap gezet.