

Hoe de minst expliciete uitspraak over het inzagerecht wellicht het meest inzicht geeft

Mr. drs. M. Jansen*

3

In dit artikel sta ik stil bij twee arresten van het Hof van Justitie en twee beslissingen van de Hoge Raad over het inzagerecht. Ik probeer de uitspraken met elkaar in verband te brengen.

1 Inleiding

Op 16 maart 2018¹ wees de Hoge Raad een arrest met een opmerkelijke zijdelingse overweging over het inzagerecht. In het arrest haalt de Hoge Raad de arresten van het Hof van Justitie uit 2014² en 2017³ expliciet aan. Het arrest van de Hoge Raad riep bij mij veel vragen op. Op 3 augustus 2018 schreef ik hierover al een korte blog⁴ onder de prikkelende titel 'Een privacyparadox: waarom een te eerlijk inzageverzoek moet worden afgewezen en een neutraal inzageverzoek niet'. Ondertussen heeft de Hoge Raad op 21 december 2018 een andere opmerkelijke beslissing genomen over het inzagerecht.⁵ Tijd dus voor een korte update over het inzagerecht.

In deze bijdrage zal ik achtereenvolgens de twee arresten van het Hof van Justitie over het inzagerecht bespreken en vergelijken (par. 2) om vervolgens de twee recente beslissingen van de Hoge Raad te bespreken (par. 3). Aan het einde sta ik kort stil bij de AVG (par. 4) om vervolgens af te sluiten met een korte conclusie (par. 5). Dit artikel is overigens uitdrukkelijk niet bedoeld als een uitputtende studie naar rechtspraak over het inzagerecht.⁶ Ik doe wel een poging om enige orde te scheppen in de ogenschijnlijke chaos en beperk me daarbij tot voornoemde rechtspraak.

2 De twee arresten over inzagerecht door het Hof van Justitie

Er zijn op dit moment twee arresten geweest door het Hof van Justitie over het inzagerecht. Bij eerste lezing lijken deze arresten deels haaks op elkaar te staan, maar bij nadere analyse is het de vraag of dat zo is. Ik zal hierna achtereenvolgens kort de beide arresten samenvatten, om vervolgens wat langer stil te staan bij de (verschillen)analyse.

2.1 De asielzoekersuitspraak (2014)

In 2014 wees het HvJ EU de eerste zaak over het inzagerecht.⁷ Die kwestie wordt hierna kort aangehaald als de 'asielzoekersuitspraak'. Over die kwestie is al veel geschreven, ik zal dat hier niet allemaal herhalen.⁸

De kwestie gaat over een asielzoeker die inzage wilde krijgen in zijn persoonsgegevens, waaronder uitdrukkelijk begrepen inzage in de zogenaamde 'minuut' (juridische analyse) die ten grondslag lag aan zijn asielbeslissing. Het inzageverzoek werd toegewezen voor zover het zag op (vrij vertaald) zijn naw-gegevens, maar werd afgewezen voor zover het zag op die minuut.

De asielzoeker had betoogd dat hij recht heeft op inzage in de 'minuut', omdat – hoe abstract het document wellicht ook is – de daarin opgenomen gegevens wel gevolgen hebben voor (de beslissing over) de asielzoeker en daarmee (dus) persoonsgegevens zijn.⁹ Het Hof gaat daarin echter niet mee.

Het Hof concludeert dat de minuut weliswaar persoonsgegevens bevat, maar verder zelf geen persoonsgegeven is. Volgens het Hof:

* Mark Jansen is sinds 2007 advocaat bij Dirkzwager Legal & Tax te Arnhem en gespecialiseerd op het gebied van IT- en privacyrecht.

1 HR 16 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:365.

2 HvJ EU 17 juli 2014, gevoegde zaken C-141/12 en C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081.

3 HvJ EU 20 december 2017, C-434/16, ECLI:EU:C:2017:994.

4 www.dirkzwager.nl/kennis/artikelen/een-privacyparadox-waarom-een-te-eerlijk-inzageverzoek-moet-worden-afgewezen-en-een-neutraal-inzageverzoek-niet/.

5 HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2378.

6 Ik verwijs graag naar eerdere artikelen als C.M. Jakimowicz & J.M.A. Berkvens, 'De spelregels bij verzoeken tot inzage op grond van de Wbp', *P&I* 2013, afl. 2 en J.M.A. Berkvens, 'De beperkingen van het inzagerecht', *FR* 2009, afl. 10.

7 Zie noot 2.

8 Naast mijn artikel in *P&I* 2014, afl. 5 zie onder meer E.R. Brouwer & F.J. Zuiderveen Borgesius, 'Inzage in de minuten van de asielprocedure: persoonsgegevens of geen persoonsgegevens?', *AGMR* 2014, afl. 7 en E. Swart, 'Analyze this: een inzagerecht in de juridische analyse?', *P&I* 2014, afl. 3. Het arrest is ook veelvuldig geannoteerd in verschillende vaktijdschriften.

9 Rechtsoverweging 35.

‘vormt een dergelijke juridische analyse immers geen informatie over de aanvrager van de verblijfstitel, maar hooguit, voor zover die analyse niet beperkt blijft tot een zuiver abstracte uitlegging van het recht, informatie over de beoordeling en de toepassing van dat recht door de bevoegde autoriteit op de situatie van de aanvrager, waarbij die situatie met name wordt vastgesteld middels de hem betreffende persoonsgegevens waarover die autoriteit beschikt.’¹⁰

Het Hof overweegt in dat kader verder – ogenschijnlijk ten overvloede – dat die conclusie ook past bij het doel van de richtlijn: eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en niet de toegang tot bestuurlijke documenten.¹¹

Uit deze uitspraak komt de (bekende?¹²) overweging dat wie beroep doet op het inzagerecht, recht heeft op ‘een volledig overzicht, in begrijpelijke vorm, van al deze gegevens (...) dat wil zeggen in een vorm die deze aanvrager in staat stelt kennis te nemen van die gegevens en te controleren of zij juist zijn en zijn verwerkt in overeenstemming met deze richtlijn, opdat hij eventueel de hem (...) verleende rechten kan uitoefenen’.¹³

In mijn beleving is wat minder bekend dat het Hof in dit arrest al uitdrukkelijk ruimte geeft voor het krijgen van een (afgeschermd) kopie van documenten waarin de persoonsgegevens zijn opgenomen. Het Hof overweegt immers letterlijk (cursivering toegevoegd):

‘voor zover aan de met dat recht op inzage nagestreefde doelstelling volledig kan worden voldaan met een andere vorm van verstrekking, kan de betrokkene dus noch aan artikel 12, sub a, van richtlijn 95/46 noch aan artikel 8, lid 2, van het Handvest het recht ontlenen om een afschrift te verkrijgen van het originele document of bestand waarin die gegevens staan. Teneinde de betrokkene geen toegang te geven tot andere informatie dan de hem betreffende persoonsgegevens, kan hij een afschrift krijgen van het originele document of bestand *waarin die andere informatie onleesbaar is gemaakt*.’¹⁴

2.2 Examenresultatenuitspraak (2017)

In 2017 wees het Hof de tweede zaak over het inzage-recht.¹⁵ Die kwestie wordt hierna aangehaald als de ‘examenresultatenuitspraak’.

Deze kwestie gaat over een student accountancy die na herhaald zakken voor zijn examen een inzageverzoek doet bij de onderwijsinstelling. De onderwijsinstelling geeft slechts een deel van de gevraagde gegevens vrij. Na een lange juridische procedure belandt de kwestie uiteindelijk bij het Hof van Justitie.

In deze uitspraak nam het Hof min of meer de eerdere WP29-opinie over het begrip ‘persoonsgegevens’¹⁶ (impliciet) over,¹⁷ door te oordelen dat het begrip ‘persoonsgegevens’:

‘zich potentieel uitstrekt tot elke soort informatie, zowel objectieve informatie als subjectieve informatie (...) op voorwaarde dat deze informatie de betrokkene “betreft”. Deze laatste voorwaarde is vervuld wanneer die informatie wegens haar *inhoud, doel of gevolg* gelieerd is aan een bepaalde persoon.’ (cursivering toegevoegd)¹⁸

Het Hof overweegt in dit arrest uitdrukkelijk dat de kwalificatie van het begrip ‘persoonsgegevens’ niet mag worden beïnvloed door de (juridische) gevolgen van die kwalificatie.¹⁹ Betoogd was namelijk dat een ruime interpretatie tot het (onwenselijke) gevolg zou leiden dat de betrokkene opeens over rechten (zoals het inzagerecht) zou komen te beschikken. Het Hof wijst er daarentegen op dat het begrip ‘persoonsgegevens’ juist een kernbegrip is uit het privacyrecht²⁰ en dat het te eng interpreteren van dat begrip ongewenst is omdat het de betrokkene allerlei rechten en bescherming zou onttrekken.²¹

Het Hof overweegt vervolgens – ogenschijnlijk ten overvloede – dat die conclusie ook past bij het doel van de richtlijn: zorgvuldige gegevensverwerking waarborgen. Het correctierecht is uiteraard niet bedoeld om foute antwoorden in een examen achteraf te corrigeren,²² maar kan wel dienen om onzorgvuldigheden rondom het nakijken te corrigeren.²³

10 Rechtsoverweging 40.

11 Rechtsoverweging 46.

12 Het is opmerkelijk dat deze overweging ogenschijnlijk toch niet heel breed omarmd is in de Nederlandse rechtspraak. De brede zoektocht op rechtspraak.nl naar de combinatie ‘persoonsgegeven’ en ‘inzage’ levert 1324 treffers op. Een zoektocht op Rechtspraak.nl naar de woorden ‘persoonsgegeven’ en ‘begrijpelijke vorm’ levert 162 treffers op (dus slechts 12%). Zoeken naar het zaaknummer C-141/12 levert (slechts) 53 treffers op en zoeken naar het ECLI-nummer voor hetzelfde arrest (ECLI:EU:C:2014:2081) levert slechts 46 treffers op. Het kan natuurlijk wel zo zijn dat het materiële oordeel wel is overgenomen in de uitspraken, aan een dergelijk inhoudelijk en veel omvangrijker onderzoek heb ik me niet gewaagd. Datum zoektocht 31 december 2018.

13 Rechtsoverweging 59.

14 Rechtsoverweging 58.

15 Zie noot 3. Ook dit arrest is in de literatuur besproken, zie onder meer S. Kulk, ‘Examenantwoorden zijn ook persoonsgegevens’, *NtER* 2018, afl. 5/6, p. 205-210.

16 Artikel 29-werkgroep, ‘Opinion 4/2007 on the concept of personal data’, WP 136, 20 juni 2007.

17 Zij het dat in de WP 29-opinie wordt gesproken over (Engels) ‘content, purpose or result’ of (Nederlands) ‘inhoud, doel, of resultaat’, terwijl het arrest de woorden (Engels) ‘content, purpose or effect’ of (Nederlands) ‘inhoud, doel of gevolg’ gebruikt. Ik vraag me af of daar iets anders mee bedoeld is.

18 Rechtsoverweging 34-35.

19 Rechtsoverweging 46.

20 Rechtsoverweging 47-48.

21 Rechtsoverweging 49.

22 Rechtsoverweging 52.

23 Rechtsoverweging 54.

	Asielzoekers (2014)	Examenresultaten (2017)
Persoonsgegevens	Feitelijke tot de persoon herleidbare gegevens	Ieder gegeven dat voor wat betreft <i>inhoud, doel of gevolg</i> gelieerd is aan een natuurlijk persoon
Omvang	‘Volledig overzicht in begrijpelijke vorm’ dan wel document met alle andere gegevens dan persoonsgegevens afgeschermd	Alles noodzakelijk om doel richtlijn na te leven, met dien verstande dat geen recht op inzage bestaat in gegevens die geen persoonsgegevens zijn (zoals examenvragen)
Doel wetgeving	Privacyrecht niet bedoeld voor openbaarheid bestuur	Zorgvuldige gegevensverwerking staat voorop. Begrip ‘persoonsgegevens’ niet eng interpreteren louter om te voorkomen dat daarmee documenten vrijgegeven moeten worden
Abstracte norm	Toepassing abstracte norm is geen persoonsgegevens	Toepassing abstracte norm wel een persoonsgegeven

Al met al komt het Hof in deze uitspraak tot de conclusie dat zowel de antwoorden op een examen,²⁴ het handschrift van de kandidaat²⁵ als de opmerkingen van de examinerator bij de antwoorden²⁶ persoonsgegevens zijn.

2.3 Vergelijking beide uitspraken

Wanneer deze uitspraken naast elkaar worden gezet, dan doemen enkele opmerkelijke verschillen op. Deze worden samengevat in de tabel boven aan deze pagina en zal ik hierna iets uitvoeriger bespreken.

2.3.1 Beperkte dan wel ruime uitleg van het begrip ‘persoonsgegevens’

De arresten lijken te verschillen voor wat betreft de strekking van de uitleg van het begrip ‘persoonsgegevens’.

In de asielzoekersuitspraak wordt slechts het wettelijke criterium herhaald²⁷ en wordt geen nadere duiding gegeven aan het begrip ‘persoonsgegevens’. Vergelijk dit met de examenresultatenuitspraak, waarin uitdrukkelijk wordt overwogen dat ‘elke soort informatie, zowel objectieve informatie als subjectieve informatie (...) op voorwaarde dat deze informatie (...) wegens haar inhoud, doel of gevolg gelieerd is aan een bepaalde persoon’²⁸ al onder het begrip valt.

Het gevolg is, althans bij eerste indruk, dat het begrip ‘persoonsgegevens’ in de beide kwesties ogenschijnlijk heel anders wordt uitgelegd. In de ene uitspraak gaat het immers om vrij feitelijke gegevens zoals ‘naam, geboortedatum, nationaliteit, geslacht, etniciteit, religie en taal’.²⁹ Dat zijn persoonsgegevens die stuk voor stuk te kwalificeren zijn als gegevens die wegens *inhoud* gelieerd zijn aan een bepaald persoon. Hoewel het nergens letterlijk in de betreffende beslissing staat, lijkt het begrip volgens dit arrest tot die feitelijke gegevens te moeten worden beperkt.³⁰ In de asielzoekersuitspraak kwalificeert het Hof de minuut immers zelf in feite als doelinformatie door vast te stellen dat de ‘minuut’ (cur-

sivering hierna toegevoegd) ‘informatie [bevat] over de beoordeling en de toepassing van dat recht door de bevoegde autoriteit op de situatie van de aanvrager, waarbij die situatie met name wordt vastgesteld middels de hem betreffende persoonsgegevens waarover die autoriteit beschikt’,³¹ doch het Hof weigert uitdrukkelijk diezelfde minuut als persoonsgegevens te kwalificeren.

Dit terwijl in de examenresultatenuitspraak juist die doel- en gevolginformatie wel wordt meegewogen, waardoor het Hof de volledige antwoorden van de examenkandidaat, de volledige opmerkingen van de examinerator en ogenschijnlijk zelfs het handschrift van de student als persoonsgegevens kwalificeert.

Ik kan dit verschil niet goed plaatsen.

2.3.2 Verschil in abstracte norm en concrete toepassing van de norm

Een ander opvallend gegeven is dat *beide* arresten in feite gaan over de toepassing van een abstracte norm op een concrete situatie, terwijl de uitkomst van de beide arresten diametraal anders is. Vergelijk immers deze twee overwegingen:

- *Asielzoekers* (rechtsoverweging 40): ‘(...) de toepassing van dat recht door de bevoegde autoriteit op de situatie van de aanvrager, waarbij die situatie met name wordt vastgesteld middels de hem betreffende persoonsgegevens waarover die autoriteit beschikt’;
- *Examenresultaten* (rechtsoverweging 43): ‘De strekking van de opmerkingen van de examinerator geeft immers zijn mening of beoordeling weer betreffende de individuele prestaties van de kandidaat (...) opmerkingen hebben overigens juist tot doel om de evaluatie door de examinerator van de prestaties van de kandidaat vast te leggen, en kunnen voor deze laatste effecten sorteren (...)’.

Met andere woorden: bij asielaanvragen toetst de overheid of de betreffende asielzoeker aan het in de minuut vastgelegde juridische kader voldoet; bij examens toetst

24 Rechtsoverweging 36.

25 Rechtsoverweging 37.

26 Rechtsoverweging 42.

27 Rechtsoverweging 37.

28 Rechtsoverweging 34-35.

29 Rechtsoverweging 38.

30 Anders had het Hof de minuut vermoedelijk wel anders gekwalificeerd, daarover hierna meer.

31 Rechtsoverweging 40.

de examiner of de kandidaat voldoet aan de in het antwoordmodel vastgelegde kaders. In het eerste geval vormen de conclusies *geen* persoonsgegevens, in het tweede geval vormen de conclusies *wel* persoonsgegevens. Dat verschil kan ik lastig verklaren.

Het Hof rechtvaardigt het verschil onder meer door erop te wijzen dat de asielzoeker de juridische analyse zelf niet kan beoordelen,³² terwijl de examenkandidaat de antwoorden en opmerkingen van de examiner wel kan beoordelen³³. Erg overtuigend vind ik dit argument niet. In de argumentatie lijkt immers de abstracte norm vs. de toepassing van die abstracte norm door elkaar heen te lopen. Het privacyrecht geeft inderdaad geen aanspraak op inzage in abstracte documenten, of dit nu juridische analyses of normantwoorden voor examens zijn. Beide bevatten immers geen persoonsgegevens. Dat laat m.i. onverlet dat indien er bij de *toepassing* van die abstracte norm persoonsgegevens worden verwerkt, de betrokkene moet kunnen toetsen of die verwerking zorgvuldig geschiedt.

Sterker nog, het is de vraag of de examenkandidaat onder omstandigheden niet ook recht heeft op inzage in de (abstracte) normantwoorden (alsmede de vragen). Weliswaar bevatten die normantwoorden (evenals de vragen³⁴) geen persoonsgegevens, er zullen situaties denkbaar zijn waarbij slechts met behulp van toegang tot het juiste (norm)antwoord kan worden beoordeeld of (in de eigen woorden van het Hof) 'de eventuele opmerkingen van de examiner diens evaluatie van de antwoorden van de betrokken kandidaat niet correct weergeven'.³⁵ Zonder toegang tot zowel de oorspronkelijke vraag, het juiste antwoord, het gegeven antwoord als de beoordeling daarvan, is naar mijn idee in feite niet te beoordelen of sprake is van een zorgvuldige verwerking van persoonsgegevens.

2.3.3 Omvang inzage

Een ander opmerkelijk verschil – deels in het verlengde van het voorgaande – is gelegen in de omvang van het inzagerecht.

In beide arresten komt naar voren dat het inzagerecht bedoeld is om te kunnen controleren of aan de doelstellingen van de richtlijn wordt voldaan. En in beide arresten wordt ook benadrukt dat er geen recht bestaat op inzage in andere gegevens dan persoonsgegevens. In zoverre lijken de arresten niet zo veel van elkaar te verschillen.

Juist omdat het begrip 'persoonsgegevens' zo beperkt wordt uitgelegd in de asielzoekersuitspraak, ziet het inzagerecht logischerwijs ook slechts op die beperkte set aan (feitelijke) gegevens. Vergelijk dit met de examenresultatenuitspraak, waarbij de volledige antwoorden van de examenkandidaat, de volledige opmerkingen van de examiner en zelfs het handschrift van de student als persoonsgegevens worden aangemerkt.

In de asielzoekersuitspraak komt verder weliswaar nadrukkelijk naar voren dat er recht kan bestaan op afschrift van de originele documenten waarin persoonsgegevens zijn verwerkt. In die documenten mag dan echter *alle* andere informatie onleesbaar worden gemaakt.³⁶ In hoeverre aldus die verstrekking netto verschilt van een eenvoudig 'volledig overzicht' van persoonsgegevens is dan ook maar zeer de vraag. Een daadwerkelijk volledig overzicht van persoonsgegevens doet waarschijnlijk meer recht aan de belangen van betrokkene, dan het verstrekken van een document waar ieder ander gegeven dan persoonsgegevens volledig zwart is gelakt.

Opmerkelijk is dat alleen in de examenresultatenuitspraak gewezen wordt op mogelijke wettelijke beperkingen en de bescherming van rechten van derden.³⁷ Het privacybelang van de examiner lijkt echter in ieder geval geen een te respecteren belang.³⁸ Aan welke andere derden het Hof dan heeft gedacht is uit de uitspraak niet op te maken. De ruime uitleg van het begrip 'persoonsgegevens' lijkt niettemin aldus langs deze weg weer enigszins gecorrigeerd te (kunnen) worden. Er lijkt in ieder geval ruimte voor wettelijke uitzonderingen in bijvoorbeeld sectorale wetgeving, zoals de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.³⁹

2.3.4 Slotopmerking

Al met al bekruipt mij steeds meer het gevoel dat in de asielzoekersuitspraak door partijen zo sterk de nadruk is gelegd op openbaarheid van bestuur, dat het Hof zich daardoor genoodzaakt voelde duidelijk te maken dat regels omtrent privacy en omtrent openbaarheid van bestuur hele andere doelen dienen (net zoals Nederlandse rechters enkele malen duidelijk hebben moeten maken dat een inzageverzoek onder de Wbp echt iets anders is dan een WOB-verzoek). Wellicht speelt op de achtergrond ook mee dat het Hof wilde voorkomen dat er via het privacyrecht een soort verkapte bestuurlijke procedure zou ontstaan.⁴⁰ Dit had het Hof echter ook kunnen voorkomen door erop te wijzen dat het privacyrechtelijke

32 Rechtsoverweging 45-46 van de asielzoekersuitspraak.

33 Rechtsoverweging 56 van de asielzoekersuitspraak.

34 In rechtsoverweging 58 van de examenresultatenuitspraak wordt overwogen dat de examenvragen geen persoonsgegevens vormen.

35 Rechtsoverweging 54 examenresultatenuitspraak.

36 Rechtsoverweging 58.

37 Rechtsoverweging 59-61.

38 Rechtsoverweging 44.

39 Zij het dat het Hof – of eender welke andere rechter in de EU – vervolgens de rechtmatigheid van die uitzondering aan de criteria uit de AVG kan toetsen.

40 Zij het dat veelal tegen examenuitslagen ook beroep mogelijk is, dus erg overtuigend zou dit argument niet zijn geweest.

correctierecht niets af doet aan de rechtmatigheid van reeds genomen besluiten,⁴¹ of (iets abstracter) door erop te wijzen dat het Hof niet bevoegd is op terreinen van niet geharmoniseerd nationaal recht.

Kijkend naar het geheel aan arresten van het Hof van Justitie over de privacyrichtlijn, en waarbij gaandeweg steeds nadrukkelijker de nadruk wordt gelegd op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in het licht van grondrechten,⁴² is mijn verwachting dat uiteindelijk zal blijken dat de lijn uit het examenresultatenarrest de hoofdregel is en de leer uit de asielzoekersuitspraak de uitzondering.

3 Hoge Raad-arresten

In 2018 heeft de Hoge Raad (in ieder geval) twee uitspraken gedaan over het inzagerecht. Net als bij de uitspraken van het Hof van Justitie lijken ook deze uitspraken fors van elkaar te verschillen.

3.1 Dwarslaesie-arrest

Het eerste arrest is gewezen op 16 maart 2018.⁴³ De kwestie handelt over vermeende beroepsaansprakelijkheid van een gynaecoloog. Een kind is met een dwarslaesie ter wereld gekomen. Zijn ouders hebben met een beroep op artikel 843a Rv inzage gevorderd in de bevindingen van een door het ziekenhuis geraadpleegde radioloog. Het Hof wijst dit beroep af.

In cassatie wordt geklaagd dat het beroep op artikel 843a Rv ten onrechte is afgewezen, nu het op grond van een beroep op de Wet bescherming persoonsgegevens alleen al had behoren te worden toegewezen. De Hoge Raad verwierpt deze klacht, door erop te wijzen dat eiseres een beroep heeft gedaan op artikel 843a Rv en niet op de Wbp (rechtsoverweging 3.3.2). Tot zover redelijk 'rechttoe, rechtaan'.

Opmerkelijk is echter dat de Hoge Raad daar niet stopt, maar vervolgt met het oordeel dat het verzoek 'is gericht op verkrijging van informatie ten behoeve van de onderhavige procedure en niet op het doel waartoe Richtlijn 95/46/EG strekt (...) [het] gaat hier dus niet om persoonsgegevens in de zin van die richtlijn'.⁴⁴

In mijn beleving is die laatste overweging om meerdere redenen opmerkelijk te noemen.

Allereerst geldt dat vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de parallel met de asielzoekersuitspraak. In de asielzoekersuitspraak lijkt het *hoofdargument* om een juridische minuut niet als persoonsgegevens te kwalificeren dat het document geen persoonsgegevens bevat⁴⁵ en het *nevenargument* dat die kwalificatie ook past bij het doel van de richtlijn, dat niet ziet op toegang tot bestuurlijke documenten.⁴⁶ De Hoge Raad lijkt dit *nevenargument* nu tot *hoofdargument* te promoveren. De argumentatie van Het Hof van Justitie lijkt in de asielzoekersuitspraak bovendien toch primair te zien op openbaarheid van *bestuur* en niet op toegang tot documenten in algemene zin dan wel toegang in het kader van juridische procedures. In de uitspraak komt immers zelfs een uitdrukkelijke overweging terug over afschrift van documenten (zoals hiervoor besproken).

Ten tweede geldt, en voor de praktijk denk ik opmerkelijker, dat het gevolg van de uitspraak zou zijn dat een inzageverzoek moet, of kan, worden geweigerd zodra duidelijk is dat de verzoeker het verzoek doet in het kader van bewijsverzameling. Ik ken echter maar weinig betrokkenen die een inzageverzoek uit principe of uit interesse/hobbyisme doen. Veel inzageverzoeken zullen juist op bewijsverzameling gericht zijn. Zodoende zou nagenoeg ieder inzageverzoek geweigerd kunnen worden. Dat lijkt haaks te staan op de bedoelingen van het privacyrecht.

Een derde aspect is dat in deze leer procedures bovendien veel complexer kunnen worden. Indien immers een inzageverzoek gericht op bewijsverzameling niet mag worden gezien als betrekking hebbend op 'persoonsgegevens', dan is de Uitvoeringswet AVG (dus) ook niet van toepassing. Dit maakt dat de rechtsgang tegen de weigering de inzage te verstrekken niet langer via beroep/bezwaar⁴⁷ of een verzoekschriftprocedure verloopt,⁴⁸ doch via de dagvaardingsprocedure. Dit betekent dat er allerlei bevoegdheidsvragen in procedures kunnen opkomen, waarbij de motieven van de betrokkene reeds voor de inhoudelijke behandeling van de kwestie gewogen zouden moeten worden. Dat wordt er niet eenvoudiger op.

Een ander opmerkelijk aspect is dat de Hoge Raad de motieven van de asielzoeker en de student anders lijkt te wegen. De Hoge Raad stelt immers de motieven van de asielzoeker en de ouders van de dwarslaesiepatiënt op één lijn (bewijsverzameling) en overweegt uitdrukke-

41 Alles afwegend lijkt mij dat rechtvaardig en passen bij het rechtszekerheidsbeginsel. Dit laat onverlet dat wel de vraag opkomt wat het correctierecht en het schadevergoedingsrecht werkelijk waard zijn, wanneer het inroepen daarvan in veel gevallen materieel niet leidt tot een verbeterde rechtspositie van betrokkene (althans hooguit voor de toekomst). Deze vraag gaat de strekking van dit artikel echter te buiten.

42 Zie onder meer HvJ EU 13 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain*); HvJ EU 10 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:551 (*Jehova's getuigen*); HvJ EU 5 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:388 (*Wirtschaftsakademie*); HvJ EU 4 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:336 (*Rigas*), enz.

43 HR 16 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:365. Eveneens gepubliceerd in *PS-Updates.nl* 2018-0235, *NJB* 2018/646, *GZR-Updates.nl* 2018-0138, m.nt. H. de Jager, *RAV* 2018/56, *Cf* 2018/72, *JIN* 2018/80, m.nt. P.M. Hennekens, *RvdW* 2018/360, *NJ* 2018/423, m.nt. Redactie, J. Legemaate.

44 Rechtsoverweging 3.3.3.

45 Rechtsoverweging 40.

46 Rechtsoverweging 46.

47 Bij gebreke van toepasselijkheid van artikel 34 UAVG, kan het inzageverzoek vermoedelijk niet langer als 'besluit' in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) worden gekwalificeerd. Van een publiekrechtelijke rechtshandeling is dan immers geen sprake. Er is 'slechts' sprake van een feitelijke vraag om informatie.

48 Vgl. artikel 35 Uitvoeringswet AVG.

lijk dat dit motief niet opging voor de student accountancy.⁴⁹ Kijkend naar overweging 19 van de examenresultatenuitspraak lijkt de student echter, net als de eiser in de procedure bij de Hoge Raad, op zoek naar bewijs:

‘(...) diende hij eerst een klacht in ter betwisting van dit examenresultaat. Nadat deze klacht in maart 2010 werd verworpen diende hij in mei 2010 (...) een verzoek in om toegang te verkrijgen tot alle hem betreffende persoonsgegevens waarover het CAI beschikte.’

Hooguit zou gezegd kunnen worden dat de asielzoeker een inzageverzoek deed in het kader van een reeds lopende procedure en de student niet (althans niet kenbaar). Wat echter de rechtvaardiging is om voorbereidingshandelingen voor een procedure anders te behandelen dan een procedure is mij niet duidelijk.

Mogelijk dat de Hoge Raad – gelet op de uitdrukkelijke verwijzing naar ‘de onderhavige procedure’ – heeft willen voorkomen dat er een soort aanvullende procesrechtelijke vordering zou ontstaan, naast artikel 843a Rv. Daarvoor zou de Hoge Raad naar mijn idee echter ook hebben kunnen wijzen op het beginsel van nationale procedurele autonomie⁵⁰ en het gegeven dat het privacyrecht het procesrecht onverlet laat.

Al met al vraag ik me dan ook af of er erg veel waarde moet worden gehecht aan dit arrest van de Hoge Raad en of de uitkomst wellicht kan worden verklaard door de wijze van procederen; het beroep op het inzage-recht van de Wbp lijkt er namelijk al met al vrij laat in de procesgang met de spreekwoordelijke haren bijgesleept te zijn.

3.2 *Forensisch rapport uitspraak*

De tweede beslissing van de Hoge Raad die ik wil bespreken is de beschikking die is gewezen op 21 december 2018⁵¹ over een forensisch rapport.

De kwestie handelt over een geschil tussen een belegger en zijn bank. De belegger heeft een flinke debetstand opgebouwd bij het beleggen en stelt – in de kern – dat hij niet gehouden is deze aan te vullen omdat de bank zijn zorgplicht zou hebben geschonden. De belegger heeft daarop de bank in rechte aangesproken. Vervolgens vraagt de belegger in een separate procedure onder verwijzing naar de Wbp onder meer afschriften van chatberichten en interne instructies van de interne auditdienst op.

De rechtbank weigert dit verzoek op grond van misbruik van recht, omdat het enige doel van de man zou

zijn het opvragen van documenten in het kader van de lopende procedure.

In hoger beroep oordeelt het gerechtshof⁵² juist dat ‘betrokkene bij zijn verzoek geen bijzonder belang hoeft te hebben’.⁵³ Het gerechtshof verwerpt bovendien de misbruik-van-recht-redenering expliciet door te overwegen:

‘Dat [appellant] daarbij mogelijk tevens een ander belang heeft (gehad) (...) is ontoereikend om aan te nemen dat hij van dit recht misbruik maakt.’⁵⁴

De discussie in hoger beroep spitst zich vooral toe op een forensisch rapport waarvan het bestaan vlak voor de zitting is gebleken.⁵⁵ Het hof oordeelt dat een abstracte vermelding van de aard van de in dat rapport verwerkte gegevens ‘zonder vermelding van de gegevens zelf’ niet voldoet aan de eisen van artikel 35 Wbp.⁵⁶ Het hof overweegt echter dat op grond van de Wbp niet per se een recht bestaat op afschrift van de documenten waarin de persoonsgegevens zijn verwerkt.⁵⁷ Het hof oordeelt dan ook – onder verwijzing naar de asielzoekersuitspraak – dat er recht bestaat op ‘een (afgeschermd) afschrift van het forensisch rapport in zodanige vorm dat hij zijn daarin vermelde persoonsgegevens kan controleren’.⁵⁸ Het rapport van de interne auditdienst hoeft niet te worden verstrekt, daar het document voor intern overleg en beraad is bedoeld.⁵⁹

De advocaat-generaal zet in zijn conclusie veel aspecten van de inzage-rechtspraak op een rij.⁶⁰ Het is een zeer lezenswaardige conclusie, waar ik graag naar verwijs. Hij komt uiteindelijk in overweging 3.35 tot de volgende samenvatting:

‘1. Het recht op inzage in stukken omvat alleen de persoonsgegevens die zich daarin bevinden. De aan de betrokkene verstrekte informatie moet echter voor deze begrijpelijk zijn en hem in staat stellen de juistheid van de persoonsgegevens en de rechtmatigheid van de verwerking van die gegevens te controleren. Dat kan er toe nopen dat meer informatie dan alleen de persoonsgegevens moet worden verstrekt. De omstandigheden van het geval zijn hier bepalend.

2. Inzage kan worden gegeven door verstrekking van een kopie of afschrift. Als er een alternatieve wijze is om inzage te verstrekken, zoals het verschaffen van een volledig overzicht van de verwerkte persoonsgegevens, dan volstaat dat. De vorm waarop inzage in persoonsgegevens moet worden gegeven hangt daarom af van de omstandigheden.

49 Door in rechtsoverweging 3.3.3 de uitdrukkelijke tegenstelling te plaatsen tussen de asielzoeker en de student accountancy.

50 Zie onder meer HvJ EU 6 september 2009, C-40/08, r.o. 38.

51 ECLI:NL:HR:2018:2378.

52 Hof Den Haag 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3011.

53 Rechtsoverweging 7.

54 Rechtsoverweging 7.

55 Rechtsoverweging 8.

56 Rechtsoverweging 10.

57 Rechtsoverweging 11.

58 Rechtsoverweging 12.

59 Rechtsoverweging 15.

60 Conclusie van A-G D.J. Drijber van 9 november 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1273.

3. Op interne memo's die persoonsgegevens bevatten en in een bestand zijn opgenomen of bestemd zijn om in een bestand te worden opgenomen, is art. 35 Wbp van toepassing. Persoonlijke beleidsopvattingen ten behoeve van intern beraad zijn niet als persoonsgegevens aan te merken en vallen om die reden buiten het inzage-recht.'

Verder concludeert de A-G dat 'het enkele feit dat over hem gegevens worden verwerkt' voldoende is voor een betrokkene om een belang te hebben bij een inzageverzoek.⁶¹ Van misbruik van recht bij het doen van een inzageverzoek is volgens de A-G niet snel sprake, juist omdat de betrokkene zijn belang niet hoeft aan te tonen.⁶²

De A-G concludeert dan ook tot verwerping van het cassatieberoep.

De Hoge Raad neemt het advies van de A-G over en verwerpt het cassatieberoep onder verwijzing naar artikel 81 Wet RO. In de eigen woorden van de Hoge Raad wil dit zeggen dat:

'het cassatieberoep ongegrond is en geen juridisch belangrijke nieuwe vragen oproept. Bijvoorbeeld als rechtzoekenden "naar de bekende weg vragen" door rechtsvragen voor te leggen die al zijn beantwoord, en er verder geen reden is het verwerpen van het cassatieberoep nader te motiveren. Dat kan (ook) het geval zijn als de conclusie van de advocaat-generaal voldoende duidelijkheid heeft verschaft.'⁶³

3.3 Korte analyse

Net als bij de hiervoor besproken rechtspraak van het Hof van Justitie, lijken ook voornoemde beslissingen van de Hoge Raad niet helemaal goed op elkaar aan te sluiten.

Waar in het *Dwarslaesie*-arrest immers *expliciet* wordt overwogen dat bij een inzageverzoek dat is gericht op bewijsverzameling de privacywetgeving in het geheel niet van toepassing is, wordt in de beslissing over het forensisch rapport juist het oordeel van het gerechtshof dat het niet relevant is dat het verzoek (mogelijk) gericht is op bewijsverzameling (in ieder geval door de A-G) onderschreven. De beide beslissingen lijken op dit punt toch haaks op elkaar te staan.

Ik kan dit lastig verklaren, anders dan dat er ogenschijnlijk vreemd geprocedeerd is in de kwestie die leidde tot het *Dwarslaesie*-arrest. Het ware echter fraaier geweest als de Hoge Raad dat had benoemd in het arrest in plaats van deze (opmerkelijke) overweging ten overvloede te geven.

4 En de AVG dan?

Alle hiervoor besproken rechtspraak ziet op de Privacyrichtlijn 95/46 en niet op de AVG⁶⁴ die sinds 25 mei 2018 van toepassing is. Naar mijn inschatting is de norm, de interpretatie van de omvang van het inzage-recht, met de komst van de AVG echter niet verschoven.

Artikel 12 sub a Privacyrichtlijn sprak over het recht op 'verstrekking, in begrijpelijke vorm, van de gegevens die zijn verwerkt'. Dit is materieel vergelijkbaar met het in artikel 15 AVG beschreven recht op 'inzage te verkrijgen van die persoonsgegevens' (lid 1), waarbij lid 3 bepaalt dat 'een kopie van de persoonsgegevens die worden verwerkt' moet worden verstrekt. Nergens in de AVG wordt gesproken over een kopie van de bescheiden waarin die persoonsgegevens zijn verwerkt. Vergelijk in dat kader ook overweging 63, die spreekt over inzage in een medisch dossier en niet over een kopie van dat medisch dossier.

Er is dus (vooralsnog) geen enkele indicatie dat de norm onder de AVG op dit punt is verschoven.

5 Conclusie

Juist omdat er nog weinig rechtspraak van onze hoogste rechters is op het vlak van het inzage-recht, is vooralsnog de vraag wat uiteindelijk de grote lijn zal blijken te zijn en welke arresten moeten worden beschouwd als uitzondering. Het zou mij het meest logisch voorkomen wanneer over een paar jaar blijkt dat de ruime uitleg van de examenresultatenuitspraak vaker door rechters wordt omarmd, evenals de overwegingen van A-G Drijber, en dat de asielzoekersrechtspraak en het *Dwarslaesie*-arrest eerder de uitzonderingen blijken te zijn.

61 Overweging 3.37

62 Overweging 3.38.

63 Jaarverslag Hoge Raad 2017, paragraaf 'Hoge Raad in de rechtsstaat', <https://jaarverslaghogeraad.nl/uitgelicht-2017/de-hoge-raad-in-de-rechtsstaat/>.

64 Verordening (EU) 2016/679.