

ABRvS 3 september 2008, LJN: BE9698, zaaknr. 200706325/1

<http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BE9698>

Artt.: artt. 1, subd, 7, 9, lid 1, 16, 18 en 23, lid 1, sub e, Wbp, art. 8 richtlijn 95/46/EG, art. 14 EVRM, art. 1, lid 1, Protocol nr. 12 bij het EVRM, art. 26 IVBPR, art. 1, lid 1, Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, art. 1 Grondwet en art. 7:9 Awb.

Trefw.: bijzondere persoonsgegevens, ras, etniciteit, etnische afkomst, Verwijsindex Antillianen (VIA), gemeentelijke casuoverleggen Antillianen, begrip noodzakelijk met het oog op een zwaarwegend algemeen belang, beoordelingsvrijheid, beoordelingsruimte, volle toetsing, intensieve rechterlijke toetsing, verantwoordelijke, welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden, Antilliaanse risicjongeren, feitelijke onderbouwing noodzaak ontheffingverlening, risicofactoren, inschrijving GBA, aard, ernst en omvang van de problematiek, onderbouwing, discriminatie, maken van onderscheid op grond van etniciteit, objectieve en redelijke rechtvaardiging, legitiem doel, proportionaliteit (passend middel), subsidiariteit, strikte interpretatie, gedragslijn, vrijwaring van stigmatisering, rechtspositie geregistreerden, inzage- en correctierecht, rechtswaarborgen, na de hoorzitting verzonden brieven

Samenvatting

Deze uitspraak in hoger beroep betreft de ontheffing door het Cbp ex artikel 23, eerste lid, sub e, Wbp van het verbod van verwerking van persoonsgegevens inzake iemands ras (eticiteit) in artikel 16 jo. artikel 18 Wbp. Het gaat om gegevensverwerking op basis van de Verwijsindex Antillianen (VIA) ten behoeve van de casuoverleggen Antillianen (Antillianengemeenten). De rechtbank heeft geoordeeld dat het college bij de vraag of de verwerking waarvoor ontheffing is verleend noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang geen beoordelingsvrijheid toekomt en dat zij vol dient te toetsen of het college terecht tot het oordeel is gekomen dat hiervan sprake is, hetgeen te meer geldt nu het begrip “noodzakelijk met het oog op een zwaarwegend algemeen belang” dient te worden uitgelegd in het licht van art. 26 IVBPR, artikel 14 EVRM en artikel 1 van het 12^e Protocol bij het EVRM. De Afdeling oordeelt dat noodzaak en zwaarwegendheid naar hun aard begrippen zijn waarbij de invulling een zekere beoordeling vergt. Het ligt op de weg van het college bij zijn besluitvorming aan die beoordeling gestalte te geven. Dit brengt mee dat, ook al is, gelet op het stringente regime voor het verwerken van bijzondere persoonsgegevens en het discriminatieverbod, een intensieve rechterlijke toetsing op haar plaats, de rechtbank ten onrechte haar eigen oordeel in plaats van dat van het college heeft gesteld. Reeds hierom komt de aangevallen uitspraak voor vernietiging in aanmerking. Het college heeft de ontheffing verleend in verband met de ernst van de problematiek met betrekking tot Antilliaanse risicjongeren en de urgentie van het zoeken naar een oplossing. De Afdeling oordeelt dat het college aannemelijk heeft gemaakt dat de problematiek van Antilliaanse risicjongeren ernstiger is dan die van andere risicjongeren en zich op basis van de beschikbare rapporten (kamerstukken) op het standpunt heeft kunnen stellen dat de ontheffing noodzakelijk is.

Door de stichting is aangevoerd dat het Cbp geen ontheffing aan de burgemeesters had mogen verlenen, omdat zij niet als verantwoordelijke in de zin van art. 1, aanhef en sub d, Wbp waren aan te merken. De Afdeling oordeelt dat bij de vraag wie verantwoordelijke is enerzijds dient te worden uitgegaan van de formeel-juridische bevoegdheid om doel en middelen van de gegevensverstrekking vast te stellen en anderzijds – als aanvulling daarop – van een functionele inhoud van het begrip. Dit laatste criterium speelt met name een rol als er verschillende actoren bij de gegevensverwerking betrokken zijn en de juridische bevoegdheid onvoldoende helder is geregeld om te kunnen bepalen wie van de betrokken actoren als verantwoordelijke in de zin van de wet moet worden aangemerkt. In dergelijke situaties zal aan de hand van algemeen in het maatschappelijk verkeer geldende maatstaven moeten worden bezien aan welke natuurlijke persoon, rechtspersoon of bestuursorgaan de betreffende verwerking moet worden toegerekend. Nu de burgemeester in het Modelconvenant en de Modelbeschrijving als verantwoordelijke voor

de verwerking van persoonsgegevens is aangewezen, kan de overeenkomstige kwalificatie door het Cbp niet als onjuist worden geoordeeld.

Met betrekking tot het argument dat de doelstelling van de VIA en de casusoverleggen niet voldoet aan het vereiste van artikel 7 Wbp dat persoonsgegevens voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doelen worden verzameld oordeelt de Afdeling als volgt.

In het ontheffingsbesluit zijn als doelstellingen van het VIA genoemd: het wegwerken van de achterstandspositie van Antilliaanse jongeren, het verlenen van hulp aan Antilliaanse jongeren die dit behoeven en het aanpakken en terugdringen van criminaliteit die wordt veroorzaakt door Antilliaanse jongeren. Hoewel enige spanning bestaat tussen laatstgenoemde doelstelling met een repressief karakter en de als ondersteunend bedoelde twee eerstgenoemde doelstellingen, vormt die - gelet op de problematiek van de doelgroep zoals blijkend uit de kamerstukken - geen grond voor het oordeel dat de doeleinden onderling onverenigbaar zijn.

De stichting heeft tevens betoogd dat de ontheffing van het Cbp zich niet verdraagt met het discriminatieverbod in diverse nationaalrechtelijke en internationaalrechtelijke bepalingen. De Afdeling overweegt hieromtrent. Gelet op de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 16 Wbp, waarin staat dat het begrip "ras" naar Nederlands recht ruim wordt uitgelegd en ook het in de richtlijn gebruikte begrip "etnische afkomst" omvat, ziet de ontheffing op de verwerking van persoonsgegevens omtrent ras in de ruime betekenis van dit woord, waaronder ook afkomst te begrijpen is. Nu de ontheffing alleen ziet op het verwerken van het persoonsgegeven etnische afkomst van Antillianen (waaronder mede Arubanen moeten worden begrepen) behelst de ontheffing het maken van onderscheid op grond van etniciteit. Dit betekent niet dat, nu discriminatie op grond van etniciteit ingevolge nationaal- en internationaalrechtelijke bepalingen verboden is, de ontheffing reeds daarom niet had mogen worden verleend. Er is immers eerst sprake van ongeoorloofd onderscheid indien er geen objectieve en redelijke rechtvaardiging is voor het gemaakte onderscheid en het daaruit voortvloeiende verschil in behandeling. Of daarvan sprake is dient te worden beoordeeld aan de hand van de vraag of het maken van onderscheid een legitiem doel dient en proportioneel is in verhouding tot het te bereiken doel, dus een geschikt middel is om het doel te bereiken en het doel niet met andere, minder ingrijpende middelen kan worden bereikt. Wanneer het verschil in behandeling is gebaseerd op etnische afkomst dient het begrip objectieve en redelijke rechtvaardiging - gelet op de jurisprudentie van het EHRM - zo strikt mogelijk geïnterpreteerd te worden. Hieruit volgt echter niet dat het maken van onderscheid op grond van etniciteit volgens het EHRM in alle gevallen leidt tot ongerechtvaardigd onderscheid. Het verschil in behandeling wordt in het voorliggende geval niet uitsluitend of in beslissende mate gebaseerd op etniciteit. Registratie in de VIA vindt immers alleen plaats als een persoon die behoort tot de doelgroep tevens voldoet aan minstens één van de in het contourendocument vermelde knelpuntencriteria. Bovendien heeft het college de ontheffing verleend in verband met de ernst van de problematiek met betrekking tot Antilliaanse risicjongeren en heeft het college aannemelijk gemaakt dat deze ernstiger is dan die van andere risicjongeren. Gelet op aard, ernst en omvang van de problematiek moet het oplossen hiervan worden aangemerkt als een legitiem doel en heeft het college zich op goede gronden op het standpunt kunnen stellen dat het oplossen van deze problematiek noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang. Tevens is sprake van een passend middel om het doel van een geïntegreerde aanpak van de problematiek van Antilliaanse risicjongeren te bereiken. Ook is voldaan aan het vereiste van subsidiariteit. De Afdeling concludeert daarom dat het verlenen van de ontheffing niet in strijd is met het discriminatieverbod en dat het college zich - in aanmerking genomen dat het college beoordelingsruimte toekomt bij de invulling van de begrippen noodzaak en zwaarwegendheid - op goede gronden op het standpunt heeft kunnen stellen dat de ontheffing noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang.

Noot

1. Deze Afdelingsuitspraak is van grote principiële betekenis. De kern ervan betreft de als rechtmatig geoordeelde verwerking van persoonsgegevens van Antilliaanse (en Arubaanse) risicjongeren tot 25 jaar in de Verwijsindex Antillianen (VIA) ten behoeve van de casusoverleggen Antillianen in de zgn. Antillengemeenten. Indirect gaat het hier over twee interventiemethodes: de Groepsaanpak en de Persoonsgerichte aanpak. De methode van de persoonsgerichte aanpak wordt reeds toegepast in zgn. Veiligheidshuizen. Het nieuwe van de VIA is de groepsaanpak op basis van herkomst van betrokkene of een van diens ouders (gebruikelijke criteria alloctonen van niet-westerse herkomst), in dit geval de Antillen en Aruba (doelgroepenbeleid met een etnische dimensie). Kern van deze aanpak is de samenwerking van uiteenlopende instanties (gemeenten, politie, justitie, onderwijs, zorg en hulpverlening e.a.), toegespitst op de problematiek van de individuele persoon, mede tegen de achtergrond van sociaal-culturele elementen van de groep waarvan deze deel uitmaakt. Deze samenwerking betreft zowel gezamenlijke gegevensverwerking als bespreking en onderlinge afstemming van interventies. Die interventies kunnen zowel preventief-ondersteunend (hulp), faciliterend (huisvesting) als dwingend/repressief van karakter zijn.

De grondslag van een dergelijke samenwerking is als regel een convenant van participerende instanties, veelal gestimuleerd en gefaciliteerd vanuit de landelijke politiek en bestuur. Zie naast de in deze uitspraak genoemde kamerstukken in het bijzonder de brief van de ministers van WWI en Justitie en de staatssecretaris van BZK van 1 februari 2008, Kamerstukken II 2007/2008, 26283, nr. 31 en het verslag van het overleg met enkele kamercommissies onder nr. 41. Bij ontwerp en invoering van nieuwe werkmethoden spelen lokale en regionale initiatieven een belangrijke rol (ontwikkeling best practices). Vgl. de afspraken in de Charters wijkanaanpak, afgesloten door de minister van WWI met een twaalftal gemeentebesturen. Met betrekking tot de rechtmatigheid van een gezamenlijke gegevensverwerking is de vigerende wetgeving bepalend, in het bijzonder de Wbp, de Wet politiegegevens en de Wjsg, al dan niet in combinatie met specifieke voorzieningen in sectorwetgeving. De hiervoor opgenomen uitspraak heeft uitsluitend betrekking op de VIA en dus niet op de gegevensverwerking in het kader van het gemeentelijk casusoverleg. Door de opzet als verwijsindex is op de VIA de Wbp van toepassing.

2. De Verwijsindex Antillianen is een heikel punt in het transitieproces naar nieuwe staatkundige verhoudingen tussen Nederland en de Nederlands-Antilliaanse eilandgebieden. Zie de Slotverklaring Parlementair Overleg Koninkrijksrelaties, 16 t/m 20 juni 2008 in Den Haag, met een toelichting van de minister van Justitie. Hierin heeft hij benadrukt dat de VIA-regeling niet berust op etniciteit. Ongedeeld staatsburgerschap is het uitgangspunt. Het zijn personen die problemen veroorzaken en tegen deze personen dient de samenleving te worden beschermd. Zoals ook uit de hiervoor opgenomen uitspraak blijkt is de kern van de bezwaren tegen de VIA tweeledig, te weten: (a) het stigmatiserende effect ten aanzien van personen van Antilliaanse afkomst en (b) de extra-mogelijkheden van de overheid om geregistreerde Antillianen, anders dan andere risicjongeren, repressief aan te pakken. Inmiddels staat ook de bijzondere problematiek van de groep Marokkaans-Nederlandse jongeren op de politieke veiligheidsagenda. Zie hieromtrent de brief van de ministers van BZK en Justitie van 24 september 2008, Kamerstukken II 2008/2009, 28684, nr. 169.

3. Het ontheffingsbesluit van het Cbp inzake de Verwijsindex Antillianen heeft een beperkte looptijd van in beginsel twee jaar, ter overbrugging van de periode van totstandkoming van nieuwe wetgeving. Daarbij gaat het in het bijzonder om de regeling van de Verwijsindex risicjongeren, een wijzigingsvoorstel met betrekking tot de Wet op de jeugdzorg. Het Cbp heeft hieromtrent kritisch geadviseerd aan de minister van Jeugd en Gezin (advies van 18 april 2008, www.Cbpweb.nl). De inpasbaarheid van de VIA was daarbij geen punt van aandacht. Gezien de functies van de VIA is het zeer de vraag of deze verwijsindex voldoende inpasbaar is in de beoogde verwijsindex risicjongeren.

4. In de hiervoor opgenomen Afdelingsuitspraak kunnen een drietal onderdelen worden onderscheiden. Als eerste het vraagstuk van de beoordelingsruimte en beoordelingsvrijheid van het Cbp bij de invulling van het begrip “noodzakelijk met het oog op een zwaarwegend algemeen belang” in zijn ontheffingsbevoegdheid ex art. 23, eerste lid, aanhef en sub e, Wbp van het verbod tot verwerking van persoonsgegevens betreffende iemands ras in art. 16 van die wet, en de hiermede corresponderende toetsingsbevoegdheid van de bestuursrechter. Een tweede onderdeel betreft de uitleg van enkele begrippen in de Wbp, in het bijzonder het begrip “verantwoordelijke” in art. 1, aanhef en onder d, het begrip “welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden” in verband met de rechtszekerheid van geregistreerden in art. 7, het begrip “ras” in art. 16, in samenhang met het begrip “etnische afkomst” in art. 8, eerste lid, richtlijn, tevens bepalend voor de afbakening van de ontheffingsbevoegdheid van het Cbp (zie mijn noot bij ABRvS 12 maart 2008, JB 2008/100), alsmede de afwijkingsbevoegdheid in art. 23, eerste lid, aanhef en sub e, naar doel en strekking - in het bijzonder de verhouding in bevoegdheden van wetgever en Cbp - en de vereisten betreffende de feitelijke onderbouwing door het Cbp van de noodzaak om met het oog op een zwaarwegend algemeen belang ontheffing te verlenen. Het derde onderdeel betreft de - afzonderlijke - grondrechtelijke en internationaalrechtelijke toetsing van het ontheffingsbesluit toegespitst op beweerde discriminatie op grond van etniciteit.

Ik signaleer dat blijkens deze uitspraak geen schending van het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (privé leven) in de artikelen 10, eerste lid, Grw. en 8 EVRM als beroepsgrond is aangevoerd. De gegevensverwerking in de Verwijsindex heeft tevens als - te rechtvaardigen - inbreuk op deze grondrechten te gelden. In Europees verband is sprake van een trend om privacybescherming en gegevensbescherming sterker van elkaar te onderscheiden. Zie binnen de Raad van Europa het EVRM en het Europees Data Verdrag 1981 en binnen de EU de artikelen 7 en 8 van het EU-Handvest van de grondrechten. In beide gevallen geldt dat de beschermingsregimes in ruime mate overlappend, echter qua toepassingsbereik niet identiek zijn. De Wbp is “multifunctioneel”, want is zowel de implementatie van richtlijn 95/46/EG jo. het EDV 1981 en art. 8 Handvest, alsook een wettelijke beperkingsgrondslag in de zin van art. 10, eerste lid, Grw. en art. 8, tweede lid, EVRM.

Een beroep op de privacy-grondrechten is derhalve van zelfstandige betekenis, mede als normatieve inkleuring van de open bepalingen in de Wbp door de jurisprudentie. Zie hieromtrent: G. Overkleeft-Verburg, *De Wet persoonsregistraties. Norm, toepassing en evaluatie*, prfschr. KUB, Zwolle 1995, hfdst. 2.

5. Het aspect beoordelingsvrijheid is opgeworpen in de uitspraak van de Rb. Den Haag van 26 juli 2007, LJN: BB0711. De rechtbank overweegt hierin als volgt: “Met betrekking tot het te hanteren toetsingskader stelt de rechtbank voorop dat uit het bepaalde in artikel 23, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wbp niet blijkt dat verweerder bij de invulling van de betekenis van het begrip “noodzakelijk met het oog op een zwaarwegend belang” beoordelingsvrijheid toekomt. De rechtbank dient daarom vol te toetsen of verweerder in het onderhavige geval terecht tot het oordeel is gekomen dat er sprake is van een noodzaak met het oog op een zwaarwegend algemeen belang. Dit geldt des te meer nu, zoals hiervoor overwogen, het begrip “noodzakelijk met het oog op een zwaarwegend algemeen belang” dient te worden uitgelegd in het licht van de genoemde verdragsbepalingen. Indien eenmaal is vastgesteld dat sprake is van een noodzaak met het oog op een zwaarwegend algemeen belang, komt verweerder de bevoegdheid toe ontheffing te verlenen als bedoeld in artikel 23, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wbp. Daarbij komt verweerder beleidsvrijheid toe om te bepalen in welke gevallen hij van deze bevoegdheid gebruik maakt. Bij het gebruikmaken van deze bevoegdheid mag verweerder beleid hanteren en dient hij overeenkomstig dit beleid te beslissen tenzij bijzondere omstandigheden tot afwijking van dit beleid nopen.” In het verlengde hiervan oordeelt de rechtbank dat de verwerking van gegevens omtrent de Antilliaanse afkomst van risicojongeren in de VIA niet een passend middel is om het daarmee beoogde doel te bereiken (proportionaliteit). De noodzaak tot deze gegevensverwerking acht de rechtbank derhalve niet aangetoond, zodat het Cbp niet bevoegd was om hiervoor ontheffing te verlenen en het bestreden besluit derhalve op een onjuiste wetstoepassing berust.

Met dit uitgangspunt maakt de Afdeling korte metten. Het betoog van minister en Cbp, dat noodzaak en zwaarwegendheid naar hun aard begrippen zijn waarbij de invulling een zekere beoordeling vergt, waarbij het op de weg van het college ligt om bij zijn besluitvorming aan die beoordeling gestalte te geven, zodat de rechtbank ten onrechte haar eigen oordeel in de plaats van dat van het college heeft gesteld, slaagt (r.o. 2.9.2.). Daarmee heeft de Afdeling tevens ingestemd met de opvatting van appellanten, dat gelet op het stringente regime voor het verwerken van bijzondere persoonsgegevens in de artt. 16 t/m 24 Wbp en het grondrechtelijk en internationaalrechtelijk gefundeerde discriminatieverbod, in casu een intensieve rechterlijke toetsing op haar plaats is. Het hoger beroep is gegrond, de aangevallen uitspraak wordt vernietigd, terwijl de Afdeling vervolgens de door de stichting opgeworpen beroepsgronden behandelt, doende hetgeen de rechtbank had behoren te doen.

6. In de afsluitende conclusie met betrekking tot de toetsing aan de begrippen noodzaak en zwaarwegendheid in artikel 23, eerste lid, aanhef en sub e, Wbp gebruikt de Afdeling niet het begrip beoordelingsvrijheid, maar het begrip beoordelingsruimte. Het college heeft zich, in aanmerking nemend dat het beoordelingsruimte toekomt bij de invulling van de begrippen noodzaak en zwaarwegendheid, op goede gronden op het standpunt kunnen stellen dat de ontheffing noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang (r.o. 2.11.7). Dan heeft de Afdeling al vastgesteld, dat wat betreft het niet overleggen van vergelijkingsmateriaal inzake de ernst van de problematiek van Antilliaanse risicjongeren in relatie tot andere bevolkingsgroepen, het achterwege laten hiervan onvoldoende grond is voor het oordeel dat het college zich niet op het standpunt heeft kunnen stellen dat de ontheffing noodzakelijk is (r.o. 2.11.2, laatste zin). Ook op dit punt dus een terughoudende toetsing. Daarbij heeft de Afdeling stelling genomen tegen de tendens in de literatuur en uitvoeringspraktijk om de motiveringsplicht met betrekking tot het noodzakelijkheids criterium verder aan te scherpen tot een “bewijsplicht”. In aansluiting op r.o. 2.11.7 oordeelt de Afdeling ten aanzien van de afweging van de belangen van degenen die onder de doelgroep vallen, dat niet kan worden geoordeeld dat het college de ontheffing in redelijkheid niet heeft kunnen verlenen (r.o. 2.1.4.1, laatste zin). Wat dit onderdeel betreft gaat het derhalve om redelijkheidstoetsing van bestuurlijke belangenafweging (beleidsvrijheid) in de zin van art. 3:4 Awb.

7. Bij de toetsing op grond van verboden discriminatie op grond van etniciteit, in het bijzonder de vraag of sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid en het daaruit voortvloeiende verschil in behandeling, verwijst de Afdeling naar de door het EHRM in zijn arrest van 13 november 2007, EHRC 2008/5, D.H. en anderen tegen Tsechië, m.nt. Hendriks (onderwijs Roma-kinderen), geformuleerde interpretatiemaatstaf dat “where the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible” (r.o. 196), in samenhang met de door het Hof geformuleerde rechtsbeginselen in de overwegingen 175 t/m 181. Echter ook hier blijft de toetsing, toegespitst op de begrippen noodzakelijkheid, zwaarwegend algemeen belang, proportionaliteit en subsidiariteit, terughoudend, corresponderend met de beoordelingsvrijheid van het Cbp. De afsluitende conclusie in r.o. 2.11.7 geldt derhalve ook de grondrechtelijke en internationaalrechtelijke toetsing op discriminatie.

8. Allereerst iets over de begrippen beoordelingsvrijheid en beoordelingsruimte. Naar uit deze uitspraak blijkt gebruikt de Afdeling beide begrippen. Beoordelingsvrijheid wordt als regel afgezet tegen beleidsvrijheid. In de woorden van Duk (W. Duk, Recht en slecht, Beginselen van een algemene rechtsleer, Nijmegen 1999) geniet een bestuursorgaan beoordelingsvrijheid, voor zover het rechtens aan hemzelf is overgelaten, zelfstandig – en in beginsel met uitsluiting van ieder ander – te beoordelen of de voorwaarden voor rechtmatige uitoefening van een van zijn bevoegdheden in concreto zijn vervuld (p. 191 e.v.). Deze vrijheid wordt vaak impliciet door de wetgever aan het betreffende bestuursorgaan toegekend, met name door het gebruik van bepaalde termen bij de clausulering van bevoegdheden, zoals “in het belang van”, “ter handhaving van” en “ter voorkoming van”. Het kwalificerende oordeel staat derhalve centraal, in tegenstelling tot belangenafweging en het voeren van beleid. “De beoordeling van het al dan niet

vervuld zijn van zulke voorwaarden voor een correcte uitoefening van een bevoegdheid ligt veeleer op de weg van organen met politieke verantwoordelijkheid, dan op die van onafhankelijke – “voor het leven” benoemde – rechters”, aldus Duk (p. 194). Bij dit type besluiten beperkt de rechter zich in beginsel tot marginale toetsing, dat wil zeggen een toetsing met als criterium of het bevoegde bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn oordeel heeft kunnen komen.

Met het begrip beleidsvrijheid wordt aangegeven dat het bestuursorgaan bevoegd is om beleid te voeren, dat wil zeggen beleidsmatige keuzes te maken, zowel wat betreft het gebruik van de bevoegdheid als de modaliteit van bevoegdheidsuitoefening (zie Duk p. 194 e.v.). Beleidsvrijheid correspondeert als regel eveneens met marginale toetsing van de rechter (willekeur- of redelijkheidstoetsing). In deze uitspraak betreft de beleidsvrijheid de uitoefening door het Cbp van zijn ontheffingsbevoegdheid ex art. 23, eerste lid, aanhef en sub e, Wbp en de gedragslijn ter zake van termijnen, beperkingen en voorschriften.

De term beoordelingsruimte ziet op de vraag of het betreffende begrip of clausulering aan het bestuursorgaan inhoudelijk ruimte voor duiding laat. Die ruimte is er niet of beperkt indien sprake is van een kwantitatieve clausulering of een concretiserende interpretatie in prevalerende rechtspraak. Zie in deze uitspraak de doorwerking van de door het EHRM geformuleerde toetsingsmaatstaf met betrekking tot de rechtvaardigingsgrond van differentiatie op basis van etniciteit. Beoordelingsruimte is derhalve een voorwaarde van het hebben van beoordelingsvrijheid. In literatuur en jurisprudentie worden beide termen gebruikt, veelal onderscheiden in de hier bedoelde zin, soms echter overlappend. In zijn afsluitende conclusie in r.o. 2.11.7 gebruikt de Afdeling de term beoordelingsruimte met betrekking tot de begrippen noodzaak en zwaarwegendheid. Dit is gebruik dat misverstanden oproept.

9. De vraag dringt zich op of het tweeluik beoordelings- en beleidsvrijheid en de daaraan gekoppelde terughoudendheid in rechterlijke toetsing wel op besluiten inzake grondrechtsbeperkingen van toepassing kan en mag zijn. De rechtstheoretische achtergrond ervan is te verzekeren dat de bestuursrechter niet zijn oordeel in de plaats van dat van het bestuursorgaan stelt. Vgl. ook ABRvS 24 mei 2006, JB 2006/214 (beoordelingsvrijheid vervulling vertrouwensfunctie). Zoals blijkt uit het weergegeven citaat van Duk gaat het met name om de verhouding tussen de onafhankelijke rechter en het – tenminste indirect via de politieke verantwoordingsplicht - democratisch gelegitimeerde bestuursorgaan. De vraag is dus wie het laatste woord heeft bij verschillen van inzicht boven de streep van een redelijkerwijs aanvaardbare bestuurlijke beslissing. In ons stelsel is dat het bestuursorgaan, hetgeen zich vertaalt in de verplichting van een marginale toetsing door de bestuursrechter.

Het is echter de vraag of een dergelijke terughoudende opstelling van de bestuursrechter in overeenstemming is met de verplichting van “full jurisdiction” in art. 6 EVRM en de verplichting van effectieve rechtsbescherming in het gemeenschapsrecht. Met name de klassieke grondrechten hebben een waarborgfunctie jegens het handelen van de overheid. Dan spreekt het niet vanzelf dat de bestuursrechter, zoals deze uitspraak illustreert, zich qua toetsing op rechtmatigheid van de (beoogde) inbreuk terughoudend opstelt. Niet te ontkennen valt immers dat de inrichting van een Verwijsindex Antillianen en de gegevensverwerking inzake de groep Antilliaanse risicojongeren voor betrokkenen een substantiële beperking van grondrechtsaanspraken impliceert (gelijke behandeling, discriminatieverbod, privacy en gegevensbescherming).

Wat de Wbp betreft is de gedeelde rechtsmacht van bestuursrechter en civiele rechter in de artikelen 45 en 46 Wbp jo. de uitzonderingen op het begrip bestuursorgaan in artikel 1:1, tweede lid, en de beperking van de werkingssfeer in artikel 1:6 Awb eveneens een relevante factor. Tegen deze achtergrond is daar waar het gaat om gegevensverwerking binnen de overheid differentiatie in toetsingsmaatstaven nauwelijks motiveerbaar.

Een ander element is de positie van het Cbp. Het Cbp is een zelfstandig bestuursorgaan zonder eigen rechtspersoonlijkheid, gebaseerd op art. 51 e.v. Wbp. Organisatorisch maakt het deel uit van het ministerie van Justitie. De democratische legitimatie van het Cbp is zwak, want onafhankelijk in oordeelsvorming en niet onderworpen aan een politieke verantwoordingsplicht.

Uit een oogpunt van taken en bevoegdheden is het Cbp daarenegen ruim bedeed, zeker in vergelijking met de zusterorganisaties in de omliggende landen. Naar mijn stellige indruk is in Duitsland, Frankrijk en Engeland van een terughoudende rechterlijke toetsing op het terrein van de gegevensbescherming geen sprake.

Anders dan wellicht wordt aangenomen is een terughoudende opstelling van de Afdeling in essentie niet positief voor het Cbp. In de achterliggende periode is dit college al (te) sterk gepolitiseerd geraakt en mede daardoor een bron van groeiend ongenoegen. Vandaar ook de takendiscussie in het licht van de lopende evaluatie van de Wbp. Waar het om gaat is de vraag wie de klappen opvangt van het voorspelbare ongenoegen met betrekking tot het nemen of weigeren van dit type gevoelige besluiten: de bestuursrechter of een college als het Cbp. Daarbij kies ik voor de bestuursrechter, omdat die – mede door zijn staatsrechtelijke positie als onderdeel van de trias - wel wat kan opvangen zonder structureel aan gezag in te boeten, terwijl deze bovendien over groter legitimerend vermogen beschikt. Organen als het College bescherming persoonsgegevens en de Commissie gelijke behandeling zijn op dit punt veel kwetsbaarder.

10. Ook in deze uitspraak valt weer op dat de Afdeling geneigd is om de toepassing van de Wbp in beginsel sterk nationaal in te kleuren, met name door een wetshistorische interpretatie. Zowel bij de gegevensbescherming in de Wbp als in belangrijke mate bij de Wet gelijke behandeling is sprake van implementatie van Europees recht. Zoals mede uit het arrest van het EU-Hof van Justitie van 3 september 2008 inzake Kadi/Commissie, zaaknr. C-402/05 P kan worden afgeleid, maakt het Hof een sterke ontwikkeling als grondrechtenrechter door. Uit deze jurisprudentie blijkt niet van enige terughoudendheid in toetsingsintensiteit. Zie wat de verhouding met het EHRM betreft het arrest van het EHRM van 30 juni 2005, EHRC 2005/91, Bosphorus/Ierland m.nt. Bulterman.

Een belangrijke zaak die momenteel op basis van prejudiciële vragen bij het EU-Hof in behandeling is heeft raakpunten met de hiervoor opgenomen uitspraak. Het gaat om de zaak Huber/Bondsrepubliek Duitsland, zaaknr. C-524/06, waarin de conclusie van advocaat-generaal M. Poiares Maduro reeds is gepubliceerd. De casus betreft de toetsing op rechtmatigheid van het Duitse Ausländerzentralregister. De rechtmatigheid hiervan wordt mede getoetst aan artikel 7, sub e, van richtlijn 95/46, in het bijzonder de vraag of de betreffende gegevensverwerking noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang, nader ingekleurd op basis van artikel 8 EVRM. Maduro is kritisch en concludeert dat het register op enkele punten niet aan deze noodzakelijkheidstoets voldoet.

11. Er moet rekening mee worden gehouden dat de Europese Commissie zich in toenemende mate bemoeit met gevoelige gegevensverwerkingen op nationaal niveau, in het bijzonder waar het gaat om gegevensverwerking met betrekking tot leden van etnische minderheidsgroepen. Dat geldt in het bijzonder voor de registratie en identificatie op basis van afgenomen vingerafdrukken van migrerende Roma in Italië en de inrichting van een omvangrijk gegevensverwerkend systeem op het terrein van openbare orde in Frankrijk (Edvige). De Commissie neemt zelf initiatief, maar verwacht tevens van de lidstaten dat beleidsmatig met Brussel wordt afgestemd bij plannen inzake de invoering van nieuwe registraties met een etnisch-gevoelig karakter. Zo zou de Commissie Italië “toestemming” hebben gegeven voor zijn registratie en afneming van vingerafdrukken van Roma, zij het onder een aantal beperkende voorwaarden. De Commissie baseert haar bemoeienis op richtlijn 95/46/EG, de richtlijnen inzake gelijke behandeling en de rechtspositie van niet-gemeenschapsonderdanen en de grondrechten in EVRM en Handvest. Art. 226 EG, de dreiging met een inbreukprocedure, fungeert als stok achter de deur. Door doelgroepenbenadering en inhoud van de gegevensverwerking vallen de Verwijsindex Antillianen en de beoogde Verwijsindex risicjongeren in de categorie van gegevensverwerkingen waarvoor de Commissie bijzondere belangstelling toont. Ook in dit perspectief is een herbezinning op de intensiteit van toetsing van grondrechtenkwesaties door de bestuursrechter aangewezen.

M.O-V

Prof.mr. G. Overkleeft-Verburg
hgl. Staats- en Bestuursrecht EUR