

The mystery guests in het bestuursrecht: fraudeonderzoek door particuliere recherchebureaus

NTB 2016/51

1. Inleiding

Mystery shoppers, mystery callers en mystery guests; ze hebben de afgelopen jaren allemaal hun opwachting gemaakt in de Nederlandse bestuursrechtelijke handhavingspraktijk. Zo controleren mystery guests of vermeend frauderende ambtenaren contant geld aannemen, of woningeigenaren hun huis vrijwel permanent voor vakantieverhuur beschikbaar stellen en of de helpdesks van zorgverzekeraars misleidende informatie geven.² De inzet van mystery guests roept niet alleen de vraag op naar de geoorlooftheid van uitlokking, maar ook de vraag wie de leden van deze 'moderne Nachtwachten' eigenlijk zijn.³ Regelmatig blijken dat werknemers van private bedrijven te zijn.⁴ Kennelijk schakelen bestuursorganen bij de vergaring van informatie particuliere bedrijven in. Wie vertegenwoordigen zij, behartigen zij steeds het algemeen belang (of vooral hun eigen belang) en van welke bewijsvergaringsmethoden mogen zij eigenlijk gebruikmaken? Deze mystery agenten vergaren bewijs op de meeste creatieve wijzen: ze wachten 's morgens voor de deur van een vermeend frauderende burger om te tellen hoeveel mensen op dat adres werkelijk wonen, ze stellen vragen aan zijn bureaus, vrienden en familie en ze volgen hem op sociale media. Hedendaagse private bureaus bieden discrete maar effectieve rechediensten die ons snel doen denken aan Sherlock Holmes of Poirot.⁵ De inzet van private recherchebureaus is niet nieuw en is niet beperkt tot Nederland. Ook in andere landen groeit al jaren de betrokkenheid van private partijen bij de handhaving van publiekrecht, publieke veiligheidstaken en de opsporing van criminaliteit.⁶

Soms is de inzet van private partijen in het toezicht veel minder mysterieus. In de controle op de rechtmatigheid van verstrekte uitkeringen, bijvoorbeeld, zijn in de afgelopen twee jaar veelvuldig private onderzoeksbureaus ingezet om mogelijke uitkeringsfraude op het spoor te komen. De Centrale Raad van Beroep heeft daarvoor wat betreft bijstandcontroles duidelijk paal en perk aan gesteld⁷, maar ziet geen principiële bezwaren bij de controle van de uitwonendenbeurs van studenten.⁸ De private handhaving van publiekrechtelijke regels en de beperkingen daarvan blijken in de praktijk afhankelijk van het gebied waarop de bewijsvergarings plaatsvindt en de contractuele relatie tussen private partijen en de overheid.

Deze verkennende bijdrage onderzoekt onder welke omstandigheden bestuursorganen bij toezicht en handhaving in de sociale zekerheid gebruikmaken van informatie die is vergaard door particuliere onderzoeksbureaus en hoe het bestuursrecht grenzen stelt dan wel zou moeten stellen aan deze particuliere bewijsverkrijging. Paragraaf 2 beschrijft allereerst wat private recherche inhoudt en waarom zij ontstaat. Daarvoor wordt gebruikgemaakt van bestaande inzichten in het strafrechtelijk domein. (Digitale en technologische) expertise, flexibiliteit en effectiviteit van het private onderzoek blijken aantrekkelijke factoren te zijn. Paragraaf 3 beziet in welke mate de wetgever geprivatiseerd bestuursrechtelijk toezicht mogelijk heeft geacht, eerst in het algemeen en vervolgens specifiek in de sociale zekerheid. Paragraaf 4 beschrijft de grenzen die de Centrale Raad van Beroep aan de inschakeling van particuliere recherche heeft gesteld. Vervolgens reflecteert paragraaf 5 op een normatief kader voor de inschakeling van particuliere recherche in het publieke domein. Paragraaf 6 sluit af met een conclusie.

2. Particuliere recherche

Particuliere recherche kan worden omschreven als onderzoek van een natuurlijke persoon of rechtspersoon die in de uitoefening van een beroep of bedrijf met winst oogmerk recherchewerkzaamheden verricht, voor zover die werkzaamheden worden verricht op verzoek van een derde, in verband met een eigen belang van deze derde en betrekking hebben op een of meer bepaalde natuurlijke personen. Deze omschrijving is rechtstreeks ontleend aan de Wet op de particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, die de activiteiten van onderzoeksbureaus in het strafrechtelijke domein reguleert.⁹ Particuliere recherche is in het strafrecht al een langer bekend fenomeen, waarbij men

1 Prof. mr. Ymre Schuurmans en mr. dr. Sofia Ranchordás zijn als hoogleraar resp. universitair docent verbonden aan de Afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

2 Zie voor een overzicht van de praktijk de noot van O.J.D.M.L. Jansen onder CrvB 16 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:191, AB 2014/203. Zie ook 'Gemeenteraad Amsterdam opent de aanval op verhuursite Airbnb', NRC 27 september 2016 en Cbb 15 januari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:1.

3 Het meesterwerk 'De Nachtwacht' van Rembrandt verwijst reeds naar private veiligheidsdiensten die in de zeventiende eeuw burgers beschermen in Amsterdam. Burgerwachten bestonden al sinds de Middeleeuwen in verschillende landen. Zie Malcom Thorburn, 'Reinventing the Night-Watchmen State', *University of Toronto Law Journal* 2010 (60), p. 425; Michael J. Braddick, *State Formation in Early Modern England, c. 1550-1700* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

4 Zie CrvB 16 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:191, AB 2014/203, m.nt. Jansen en Cbb 15 januari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:1.

5 Thorburn 2010, p. 425, 427.

6 Zie o.a. J. de Waard en R. van Steden, 'De opmars van de private veiligheidszorg: een nationaal en internationaal perspectief', *Justitiële Verkenningen* 2012 (2), p. 9; David A. Sklansky, 'The Private Police', *UCLA Law Review* (46) 1998, p. 1165; Alfred C. Aman, Jr., 'Globalization and the Privatization of Welfare Administration in Indiana', *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2013 (2), p. 1, 4; Kieran Tranter, Tyndal Sleep & John Stannard, 'The Cohabitation Rule: Indeterminacy and Oppression in Australian Social Security Law', *Melbourne Law Review*, 2008(32), p. 698; Ben Spies-Butcher, 'Marketization and the Dual Welfare State: Neoliberalism and Inequality in Australia', *Economic Relations Review* 2014(25), p. 185.

7 CrvB 16 september 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2947, AB 2014/422, m.nt. Bröring.

8 CrvB 2 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4192, AB 2016/77, m.nt. Bröring.

9 Artikel 1, lid 1 sub f Wet op de particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus. Naar de letter van de wet is deze ook van toepassing op particuliere recherchebureaus bij onderzoek in het bestuursrechtelijk domein. Uit navraag bij onderzoeksbureau en ministerie blijkt echter dat die wet daarop niet van toepassing wordt geacht.

onder andere moet denken aan privédetectives en corporate security.¹⁰ Traditioneel bestaat het beeld dat de private veiligheidsindustrie aanvullend is aan politie en justitie. De politie heeft prioriteiten in bijvoorbeeld de bestrijding van drugscriminaliteit, vrouwenhandel en geweldsmisdrijven en zou daarom onvoldoende capaciteit hebben voor onderzoek naar misstanden in de bedrijfs sfeer. Daarom zouden bedrijven corporate security inschakelen om mogelijke misstanden te doen onderzoeken.

“In dit kader vallen vaak woorden als responsabilisering en privatisering. De redenering is dat de staat als reactie op haar eigen onvermogen om in de veiligheidsbehoeftes van burgers te voorzien, bepaalde functies (deels) heeft geprivatiseerd en private actoren heeft geresponsabiliseerd tot deelname aan de veiligheidszorg.”¹¹

De staat kan dan wellicht niet alle veiligheidszorg zelf verlenen, maar houdt duidelijk regie.

Criminologisch onderzoek leidt echter tot een belangrijke bijstelling van dat beeld. Onderzoek naar corporate security leert dat bedrijven daar vaak voor kiezen omdat privaat onderzoek niet gebonden is aan het Wetboek van Strafrecht. Deze bedrijven hebben meer ‘juridische flexibiliteit’ en lossen problemen op een andere wijze op dan de politie, omdat het behartigen van het belang van hun opdrachtgever en de bescherming van zijn reputatie centraal staan.¹² Corporate security kan zich daardoor richten op alle relevante gedragingen, niet alleen de strafrechtelijk gesanctioneerde. Bijna alle informatie wordt verzameld op basis van vrijwilligheid. Particuliere recherchebureaus kunnen informele gesprekken voeren met de verdachten en bewijs vergaren in een vertrouwelijke en gecontroleerde omgeving.¹³ Er zijn geen vaste opsporingsmethoden bij corporate security, maar administratieonderzoek, onderzoek naar ICT-systemen, interviews, camerawerk en internetresearch in openbare bronnen en social media zijn wat van de meeste toegepaste methoden. Hun grote capaciteit om data uit systemen te halen, maakt hen soms meer vaardig dan de politie en voor het verzamelen van die data is weinig medewerking van burgers (vaak werknemers) nodig. Ook de politie beoordeelt de kwaliteit van de onderzoeken verricht door particuliere re-

cherchebureaus doorgaans als (zeer) hoog.¹⁴ Deskundigheid vormt echter niet altijd de hoofdreden waarom voor private recherche wordt gekozen. Het ontbreken van opsporingsbevoegdheden brengt ook een bepaalde vrijheid met zich mee, bijvoorbeeld in het vrijblijvend onderzoek doen over de grens. Sommige zaken gaan nu eenmaal gemakkelijker en efficiënter als er geen toestemming van een officier van justitie of rechter nodig is.¹⁵ ‘Privatisering van opsporing’ is eigenlijk geen goede term.¹⁶ Het is niet zo dat de overheid een taak bewust uitbestedt, maar dat de private sector zelf een product ontwikkelt waaraan behoefte bestaat en de overheid dat vervolgens afneemt.¹⁷

De technologische ontwikkeling doet vermoeden dat het beroep op de private sector voor gegevensverzameling eerder toe- dan afneemt. De private sector investeert meer dan de overheid in onderzoek en technologie en heeft meer slagkracht om jong getalenteerd personeel aan zich te trekken. Nu private partijen primair de technologische infrastructuur in handen hebben, is het niet meer dan logisch dat de overheid voor technologie afhankelijke diensten de private sector inschakelt.¹⁸ Onderzoek naar gegevensbestanden, het samenstellen van fraudeprofielen aan de hand van een grote hoeveelheid data, het achterhalen van financiële transacties: daartoe zal de private sector in principe beter toegerust zijn dan de overheid. Ook binnen het belastingrecht wordt de informatie- of netwerksamenleving als de grootste verandering in de maatschappelijke context geduid. Met behulp van data-analysetechnieken pogen belastingdiensten de effectiviteit van het toezicht te vergroten, waarbij zij in toenemende mate afhankelijk worden van intermediaire partijen als accountants, belastingadviseurs, administrateurs en daaraan gerelateerde softwareleveranciers.¹⁹ Big data, digitale surveillance en de grotere rekenkracht van algoritmen maken met zoveel meer precisie het privéleven van de belastingplichtige zichtbaar. Belastingdiensten kunnen dankzij technologie ontdekken wat de hobby’s, uitjes en vakanties van burgers zijn en in hoeverre deze informatie spoort met hun opgegeven inkomen. De grotere beschikbaarheid van privé-informatie zou in principe de naleving van regels kunnen bevorderen, maar de keerzijde is dat

10 Onder corporate security vallen alle private actoren die gespecialiseerde diensten leveren ten behoeve van criminaliteitsbeheersing binnen bedrijven en organisaties. Deze diensten omvatten o.a. forensische accountancy, (privaat) onderzoek naar vermeend wangedrag door medewerkers meer in het algemeen, IT-diensten, asset tracing, hulp bij het vervaardigen en implementeren van integriteitcodes en (assistentie bij) afdoening en preventie. De omschrijving is ontleend aan Clarissa Meerts, ‘Over pragmatisme en strategie’, *Tijdschrift voor Criminologie* 2014, p. 116.

11 Meerts 2014, p. 115.

12 Clarissa Meerts & Nicholas Doorns, ‘Corporate Security and Private Justice: Danger Signs’, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2009 (17) p. 97, 104.

13 Meerts & Doorns 2009, p. 97, 108; J. W. Williams, ‘Reflections on the Private versus Public Policing of Economic Crime’, *British Journal of Criminology* 2009 (45), p. 316-339.

14 M.C. Kuin & P.J.M. Wilms, *Publiek-private opsporing: Vele handen maken licht werk? Eindrapport Evaluatie vervolgpilot samenwerking particuliere onderzoeksbureaus met politie en Openbaar Ministerie* (WODC), Den Haag: 2015, p. 9.

15 Meerts 2014, p. 118-122; P. Klerks & M. Scholtes, ‘Particuliere recherche. Een informatiemarkt in ontwikkeling’, *Justitiële Verkenningen* 2001 (4), Private opsporing, p. 13-14.

16 A.B. Hoogenboom e.a. (red.), *Privatisering van toezicht en opsporing*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2000, p. 2.

17 Deze situatie vertoont parallellen met de moderne outsourcing van de beveiliging van gevangenen in sommige landen zoals de Verenigde Staten; Alex Kozinski & Andrew Bentz, ‘Privatization and its Discontents’, *Emory Law Journal* 2013 (63), p. 263.

18 Stan Soloway & Alan Chvotkin, ‘Federal Contracting in Context. What Drives It, How to Improve It’, in: Jody Freeman & Martha Minow, *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, Cambridge: Harvard University Press 2009, i.h.b. p. 207-211.

19 Rex Arendsen, *Eenvoudig belasting heffen. Tussen droom en daad* (oratie Leiden), Den Haag: Sdu 2016, p. 62.

burgers minder controle hebben over hun gegevens en hun recht op privacy onder druk komt.²⁰

De redenen waarom bestuursorganen de diensten van particuliere recherchebureaus inschakelen zijn niet goed gedocumenteerd, maar kunnen wel worden geraden. Allereerst zal ook hier spelen dat bepaald onderzoek door hen beter kan worden verricht, met name als deze technologieafhankelijk is. Expertise zal echter in bredere zin een rol spelen.²¹ Met name kleine bestuursorganen, zoals kleinere gemeenten, hebben het lastig om goed opgeleid personeel in het handhavingstraject in te zetten en de kennis binnen de organisatie op niveau te houden. Zo blijkt in paragraaf 3.2 dat de minister onder de WSF 2000 de voorkeur geeft aan private recherche boven inschakeling van gemeenten, omdat hun handavingspraktijk te wisselend is. Daarnaast zullen de kosten ongetwijfeld meespelen: nagestreefde efficiëntie blijft zowel in Nederland als daar buiten een van de oudste argumenten voor de privatisering van publieke taken.²² Het streven naar een 'kleine overheid' lijkt zowel politiek ideologisch als financieel aantrekkelijk. Dat leidt ertoe dat er een kleine kern aan vakambtenaren is die zorg draagt voor toezicht en handhaving en die werkt met 'een flexibele schil' van externe krachten die wordt ingehuurd.²³ Bovendien werken sommige particuliere recherchebureaus op 'no cure, no pay'-basis. Alleen als het onderzoek tot de bevinding leidde dat de uitkering kon worden stopgezet en teruggevorderd wegens geconstateerde fraude, betaalde het bestuursorgaan een vergoeding.²⁴ Private onderzoeksbureaus kunnen waarschijnlijk zo 'goedkoop' werken, omdat zij sterk zijn in bestandscreening en internetonderzoek, voordat nader toezichtonderzoek wordt gedaan. Zo vermeldt SV Land, een van de grootste bureaus, dat in 30 tot 50% van de met hun risicoanalyse geselecteerde dossiers de uitkering wordt ingetrokken.²⁵ Objectieve empirische gegevens over de kosten en effectiviteit van de particuliere recherchebureaus ontbreken evenwel.

20 Michael Hatfield, 'Taxation and Surveillance: An Agenda', *Yale Journal of Law & Technology*, 2015 (17), p. 329; Joshua D. Blank, 'In Defense of Individual Tax Privacy', *Emory Law Journal*, 2011 (61), p. 265. Over het begrip van 'privacy' als controle, zie Daniel J. Solove, 'Conceptualizing Privacy', *California Law Review* 2002(90), p. 1109.

21 Annalies Outhuijse, 'De introductie van private partijen in het bouwtoezicht. Waar moeten we om denken?' TO 2016 (3), p. 79-90; A.R. Neerhof, 'Gebruik van private beoordelingen bij bestuursrechtelijke handhaving: kansen en bedreigingen', *NTB* 2011/44.

22 E.S. Savas, *Privatization: The Key To Better Government*, Chatham: Chatham House 1987, p. 112 e.v.

23 Zie bijvoorbeeld de brief van B&W van de gemeente Ridderkerk van 11 maart 2016, kenmerk 1071581, te raadplegen op <http://raadsinformatie.ridderkerk.nl/gemeenteraad/raadsinformatiebrieven>.

24 Zie CRvB 16 september 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2947, AB 2014/422, m.nt. Bröring, aan welke praktijk de uitspraak een einde maakt.

25 'Jarenlange ervaring bij tientallen gemeenten, van groot tot klein, leert ons dat onze aanpak op het gebied van Handhaving aanzienlijke bestandsreducties oplevert, waardoor forse besparingen worden gerealiseerd. Ter indicatie: 30-50% van door ons onderzochte risicodossiers leidt tot een intrekking van het recht op uitkering!', <https://www.svland.nl/onze-aanpak/> (laatst geraadpleegd op 2 november 2016).

3. Privatisering van toezicht

3.1 Privatisering van toezicht in de Awb

Kunnen particuliere recherchebureaus direct als toezicht- houder worden aangewezen? De Awb sluit die mogelijkheid niet uit. Artikel 5:11 Awb bepaalt dat (natuurlijke) personen, bij of krachtens wettelijk voorschrift, met toezicht kunnen worden belast. Daaronder kunnen ook medewerkers van private instellingen vallen. Als gevolg van de verzelfstandiging van verschillende overheidsdiensten bestond in 1994 al een (bescheiden) praktijk van werknemers van privaatrechtelijke ondernemingen die als toezichthouders waren aangewezen.²⁶ Naar aanleiding van vragen uit de Tweede Kamer naar de grenzen van deze inzet van private personen, antwoordt de regering:

"Wat de toelaatbaarheid betreft, kan worden vastgesteld dat er geen juridische belemmeringen zijn om aan werknemers van een privaatrechtelijke rechtspersoon toezichthoudende bevoegdheden te verlenen. Dit standpunt is indertijd ook verwoord in de memorie van toelichting bij de wet privatisering dienst van het IJkwezen, die in een aanwijzing van dergelijke werknemers als toezichthouders voorzag (kamerstukken II 1985/86, 19 630, nr. 3) en kan nog steeds als juist worden aanvaard. In zijn algemeenheid is niet aan te geven in welke gevallen het verlenen van toezichtsbevoegdheden aan particuliere personen ongewenst zou zijn. Als algemene regel zou wel kunnen gelden dat naarmate de wettelijke voorschriften waarop moet worden toegezien van groter maatschappelijk gewicht en belang zijn, «particulier» toezicht minder in aanmerking komt."²⁷

Het maatschappelijk gewicht van het te handhaven wettelijk voorschrift zou een grens kunnen stellen aan gepri- vatiseerd toezicht. Zo ziet Blomberg weinig mogelijkheden om toezicht op het gebied van defensie, openbare veiligheid of externe veiligheid aan particulieren op te dragen. Hoewel zij constateert dat op vele beleidsterreinen de inzet van particulieren, zeker als dat geschiedt in aanvulling op overheidstoezicht, niet op principiële bezwaren stuit, concludeert zij dat er in de praktijk niet veel particuliere Awb-toezichthouders zijn.²⁸

In de parlementaire geschiedenis wijst de regering op het IJkwezen, als een voorbeeld van geaccepteerd privaat toezicht.²⁹ Het IJkwezen is verantwoordelijk voor het testen en certificeren van meetinstrumenten. De privatisering van deze overheidsdienst past in een trend waarin conformiteitsbeoordelingen door de private sector worden verricht, vaak in de vorm van certificering.³⁰ De rechtvaardiging voor

26 PG Awb III, p. 334, (toelichting artikel 5:11 Awb).

27 *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, 5, p. 77. Zie ook F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & G.T.J.M. Jurgens, *Handavingsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 22-23.

28 A.B. Blomberg, 'Handhaving en toezicht', in: F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller, *Bestuurlijk handhaven in Nederland*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 39.

29 *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, 5, p. 77.

30 Zie nader o.a. Neerhof 2011.

de privatisering van dit toezicht wordt gezocht in de specifieke expertise die nodig is om ingewikkelde processen, producten of systemen goed te kunnen beoordelen. Die expertise berust vaak niet zozeer bij (de ambtenaren van) de overheid, maar veeleer bij de gereguleerde sector. Zo bestaan er conformiteitsbeoordelingen in de voedings- en geneesmiddelenindustrie, in de asbest- en scheepvaartsector en is er een wetsvoorstel in de maak voor een gecertificeerde bouwplantoets, waarmee het bouwtoezicht wordt geprivatiseerd.³¹

In het debat met de kamer is niet gedacht aan de mogelijkheid om particuliere recherchebureaus als toezichthouder aan te wijzen. Hun werkzaamheden liggen niet direct in het verlengde van de werkzaamheden die de wél beoogde conformiteitsbeoordelaars uitvoeren. Een groot verschil is dat de particuliere recherchebureaus met persoonsgegevens werken en onderzoekshandelingen verrichten die een inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van burgers. Zowel in offline- als onlineonderzoek vergaren deze private bureaus informatie voor en achter gesloten deuren door burgers te observeren, met toestemming huisbezoeken af te leggen en vragen te stellen aan vrienden, kennissen en bureaus. Hoewel de Awb-wetgever destijds privacybescherming niet als een relevant criterium voor het vraagstuk van privatisering van toezicht formuleerde, kan bepleit worden dat het raakt aan het wél geformuleerde criterium van het maatschappelijk belang en gewicht van het te handhaven voorschrift dat zich tegen privatisering verzet.

3.2 *Privatisering van toezicht in de sociale zekerheid*

Ook al komen private toezichthouders in het algemeen niet veel voor, voor het sociaal zekerheidsrecht ligt dat anders. In het sociale domein zijn regelmatig private, commerciële organisaties ingeschakeld voor het uitoefenen van fraudeonderzoek.³² De juridische constructies die daaraan ten grondslag liggen, zijn zonder meer diffuus te noemen. Soms zijn de medewerkers van de private recherchebureaus als toezichthouder in de zin van artikel 5:11 Awb aangewezen³³, soms zijn de medewerkers als onbezoldigd ambtenaar aangesteld en vervolgens op grond van artikel 76a Participatiewet als toezichthouder aangewezen (maar in loondienst van het bedrijf)³⁴, soms is de toezichthoudende bevoegdheid aan de private medewerkers gemandateerd, andere keren werken zij enkel op detacheringbasis.³⁵ Die inschakeling van particuliere recherchebureaus zal geleidelijk zijn gegroeid. Waar het accent in de sociale zekerheid lang lag op de inkomensondersteuning van minderbedeelden, kwam deze in latere jaren steeds meer te rusten op de arbeidsparticipatie en herintreding van uitkeringsgerechtigden. Bij

zaken als arbeidsbemiddeling en re-integratie ligt het in de rede om ook private actoren in te schakelen. Met dat oog werd in de Wet Werk en Bijstand (WWB) vastgelegd dat ook derden met uitvoeringstaken kunnen worden belast.³⁶ Zo is in artikel 7, lid 4 WWB bepaald:

“Het college kan de uitvoering van deze wet, behoudens de vaststelling van de rechten en plichten van de belanghebbende en de daarvoor noodzakelijke beoordeling van zijn omstandigheden, door derden laten verrichten (...).”³⁷

De toelichting laat er evenwel geen twijfel over bestaan dat de kern van de uitvoering van de wet binnen het publieke domein moet blijven. Die kern van de bestuurstaak wordt vervolgens vrij ruim opgevat (en daarmee dus de ruimte om uit te besteden beperkt). Tot de kern behoort de vaststelling van de rechten en plichten van de belanghebbende. Daaronder valt een 'scala aan rechten en plichten, dat varieert van de claimbeoordeling tot het vaststellen van betalingsverplichtingen in het kader van terugvordering en verhaal'.³⁸ Nu is het natuurlijk de vraag of een feitelijk onderzoek naar mogelijke fraude valt onder 'de vaststelling van rechten en plichten' van de uitkeringsgerechtigde. Zolang het gaat om puur feitelijke constatering, hoeft van een beoordeling geen sprake te zijn.³⁹ Zeker is echter dat de WWB-wetgever uitbesteding van toezichtstaken niet voor ogen heeft gehad bij de redactie van artikel 7 WWB, in het algemeen terughoudendheid bepleitte en geen bepaling heeft opgenomen die het mogelijk maakt andere personen dan ambtenaren met toezicht te belasten. De memorie van toelichting expliciteert verder dat ook bestuursorganen gebruik kunnen maken van uitzendkrachten, maar dat een structurele inzet van ingehuurde krachten ontoelaatbaar is, omdat dit de facto leidt tot een ontmanteling van de uitvoeringstaak.⁴⁰ Die grote terughoudendheid moet ervoor zorgen dat de uitvoering (in het bijzonder inkomensbescherming) gevrijwaard blijft van commerciële beïnvloeding en belangenverstrengeling en beschermt het recht op privacy van uitkeringsgerechtigden.⁴¹ Die wetsgeschiedenis brengt de Centrale Raad tot het oordeel dat het college van burgemeester en wethouders het fraudeonderzoek in bijstandzaken niet door particuliere recherchebureaus in zelfstandigheid uit mag laten voeren.⁴²

Een verband tussen de kerntaak van de overheid (WWB) en het maatschappelijk gewicht en belang van het wettelijk voorschrift waarop wordt toegezien (Awb) wordt niet gelegd. Beide wettelijke kaders trekken hun eigen grens bij de vraag in welke mate uitbesteding van taken aan private partijen mogelijk is.

31 Zie Outhuijse 2016. Het wetsvoorstel 'Wet kwaliteitsborging voor het bouwen' (34 453) is 15 april 2016 bij de Tweede Kamer ingediend.

32 SV Land, Investiga en Langhenkel vormen daar voorbeelden van.

33 Brief van de Staatssecretaris van OC&W van 19 april 2012, *Strct.* 2012, 8364.

34 Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de gemeente Ridderkerk van 2 mei 2016, kenmerk 2016-0000105625.

35 Zie bijvoorbeeld de brief van B&W van de gemeente Ridderkerk van 11 maart 2016, kenmerk 1071581, te raadplegen op <http://raadsinformatie.ridderkerk.nl/gemeenteraad/raadsinformatiebriefen>.

36 Artikel 7 WWB.

37 Destijds vijfde lid van artikel 7 WWB. Een zelfde bepaling staat thans in artikel 7, lid 4 Participatiewet.

38 *Kamerstukken II 2002/03*, 28870, 3, p. 37.

39 Zie ook de noot van H.E. Bröring onder CRvB 16 september 2014, *AB* 2014/422.

40 *Kamerstukken II 2002/03*, 28870, 3, p. 37.

41 *Kamerstukken II 2000/01*, 27588 (Wet SUWI), 3, p. 3-4 en 45-46.

42 CRvB 16 september 2014, *AB* 2014/422, m.nt. Bröring.

Niet alleen onder de WWB (en later de Participatiewet) is privaat toezicht ontstaan, maar ook onder de Wet studie-financiering (WSF 2000). Anders dan onder de WWB heeft de wetgever nu wél onder ogen gezien dat derden met toezichtstaken kunnen worden belast en dat ook toelaatbaar geacht.⁴³ DUO (Dienst Uitvoering Onderwijs) geldt als een relatief kleine uitvoeringsorganisatie. Zij zou niet gemakkelijk een groot aantal over het land gespreide adrescontroles kunnen uitvoeren, wat nodig is om mogelijke fraude met de uitwonendenbeurs op te sporen. De regering had primair voor ogen dat de gemeenten ingeschakeld zouden worden om de fysieke adrescontroles uit te voeren. Zij lagen voor de hand omdat zij onder de WWB al ervaring hebben met adrescontroles en een groeiende praktijk kennen van 'geïntegreerde teams die gezamenlijk optreden tegen vormen van sociale zekerheidsfraude met uitkeringen'.⁴⁴ Private onderzoeksbureaus worden evenwel niet uitgesloten:

“Ook kan de Minister voor deze controles gebruik maken van andere door hem aangewezen personen en ambtenaren die daarvoor de nodige expertise, ervaring en mankracht hebben. Dit kan nodig zijn om in een zo groot mogelijk gebied binnen Nederland te kunnen controleren. Vanzelfsprekend zullen dergelijke personen alleen dan worden aangewezen indien goede bestuurlijke afspraken zijn gemaakt waarin de sturingsrelatie met de Minister van OCW wordt vastgelegd en waarin ook onderwerpen zoals de informatie-uitwisseling en de bevoegdheden van controleurs goed geborgd zijn.”⁴⁵

Uit pilots gericht op het tegengaan van misbruik met de uitwonendenbeurs bleek dat de gemeenten, met wie DUO samenwerkte, een verschillende aanpak hebben. Afstemming en samenwerking met alle (ruim 400) gemeenten, achtte Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OC&W) Zijlstra niet efficiënt uitvoerbaar. Met de grote gemeenten kunnen convenanten worden gesloten, maar voor een landelijke dekking van het toezicht achtte hij inschakeling van particuliere partijen noodzakelijk, 'uiteraard met inzet van gekwalificeerd personeel op het terrein van opsporing en handhaving'.⁴⁶

Opvallend is dat niet gerefereerd wordt aan de grenzen van privatisering van toezicht die eerder in de Awb en de WWB zijn getrokken. Betekent dat dat het maatschappelijk gewicht en belang van de inkomensondersteuning van de uitwonende student gering is? Of vormt onder de WSF 2000 toezicht geen kerntaak van de uitvoering? Dat lijkt lastig vol te houden. De wetgever formuleert per wettelijk kader argumenten die voor dan wel tegen privatisering pleiten. Een samenhangende visie kan niet worden ontwaard.

43 Artikel 9.1a, lid 1, WSF 2000, waarin ook 'andere personen' dan ambtenaren kunnen worden aangewezen als toezichthouder.

44 Kamerstukken II 2010/11, 32770, 3, p. 7.

45 Kamerstukken II 2010/11, 32770, 3, p. 8.

46 Brief van 28 februari 2011, Kamerstukken II 2010/11, 24724, 95, p. 5, herhaald in de eindrapportage Actieplan misbruik uitwonendenbeurs, Kamerstukken II 2011/12, 24724, 100, p. 6.

4. Grenzen aan particuliere recherche in de jurisprudentie

De Centrale Raad heeft de laatste twee jaar duidelijk lijnen aangebracht in de (on)mogelijkheden voor bestuursorganen om het fraudeonderzoek aan particuliere recherchebureaus over te laten.⁴⁷ Bij de vraag of particuliere recherchebureaus (juridisch of de facto) als toezichthouder kunnen functioneren, speelt het wettelijk kader de hoofdrol. Waar artikel 7 WWB (thans de Participatiewet) en de daarbij behorende parlementaire geschiedenis grote bezwaren opwerpt, laat artikel 9.1a WSF 2000 en de toelichting alle ruimte open voor de aanwijzing van private instellingen als toezichthouder. Daarnaast speelt een rol de mate van inbreuk op de privacy van de uitkeringsgerechtigden, de zelfstandigheid waarmee het particuliere recherchebureau het fraudeonderzoek verricht en de commerciële belangen die gemoeid zijn met 'positieve bevindingen' van fraude. Op deze drie punten vallen de bijstands- en studiefinancieringszaak verschillend uit, wat erin resulteert dat privaat toezicht bij bijstandscntrole is uitgesloten, maar is toegestaan onder de WSF 2000.

4.1 Aard van het fraudeonderzoek

De aard van het fraudeonderzoek verschilt per wettelijk kader. Onder de WSF 2000 is het door het bestuursorgaan te bewijzen feitencomplex relatief eenvoudig. De Minister van OC&W moet aannemelijk maken dat de student niet woont op het adres waaronder hij in de basisregistratie staat ingeschreven.⁴⁸ Een enkel huisbezoek aan het geregistreerde adres is doorgaans voldoende om te constateren dat de daar aanwezige (of juist ontbrekende) spullen niet op bewoning door de student duiden. Ontbreekt een bed om op te slapen, zijn er geen studieboeken, is kleding noch enig ander persoonlijk item aanwezig, dan leidt dat al snel tot de conclusie dat de student niet op het geregistreerde adres woont. De inbreuk op het woonrecht is relatief klein – en zelfs afwezig als de student er niet woont.

Bij de bijstandverlening, echter, gaat het om de duurzame huishouding. Met een enkel huisbezoek kan doorgaans niet worden geconstateerd of de bijstandsgerechtigde duurzaam alleen of samenwoont. Daarvoor vindt vaak heimelijke waarneming van de woning gedurende een lange periode plaats, wordt buurtonderzoek uitgevoerd, waarbij getuigenverklaringen worden opgenomen en worden gebruiksgegevens van voorzieningen als water, gas en elektra bij derden opgevraagd. Uit verschillende rechtszaken blijkt dat al deze verrichtingen door het private recherchebureau kunnen worden verricht, waarbij soms wel voor een periode van twee maanden heimelijk wordt geobserveerd bij de woning van betrokkene⁴⁹, er aanvullende huisbezoeken bij de partner worden gedaan en personen mee worden genomen voor een gehoor op het kantoor van het bestuursorgaan. Dat

47 Zie met name CRvB 16 september 2014, AB 2014/422, m.nt. Bröring en CRvB 2 december 2015, AB 2016/77, m.nt. Bröring.

48 Artikel 1.5, lid sub a WSF 2000.

49 Zie o.a. CRvB 16 september 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2947, AB 2014/422, m.nt. Bröring en Rb. Rotterdam 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7078.

vormt een flinke inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de uitkeringsgerechtigde. De bedrijven mogen deze onderzoekshandelingen niet zelfstandig verrichten, zo concludeert de Centrale Raad al op basis van het wettelijk kader (WWB/Participatiewet). Hebben de particuliere recherchebureaus het fraudeonderzoek toch zelfstandig uitgevoerd, dan sluit de Raad het door hen vergaarde bewijsmateriaal als onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal uit, omdat dit is verkregen op een wijze die 'zozeer indruist tegen wat van een behoorlijk handelend bestuursorgaan mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht'.⁵⁰ Bij die categoriale uitsluiting zal de grote inbreuk op de privacy meewegen⁵¹, als ook het feit dat er financiële prikkels zijn om (snel) fraude te constateren.

4.2 *Mate van sturing door het bestuursorgaan*

Met deze jurisprudentie is het zelfstandige fraudeonderzoek door particuliere recherchebureaus aan banden gelegd (tenzij het wettelijk kader aanwijzing als toezichthouder mogelijk maakt). Maar mogen zij het onderzoek wel verrichten op detachingsbasis of als ingehuurde deskundige? Cruciaal is de mate waarin het bestuursorgaan het fraudeonderzoek aanstuurt. Naar aanleiding van de uitspraak van de Centrale Raad van 16 september 2014 zijn gemeenten hun samenwerking met de particuliere recherchebureaus anders gaan vormgeven. Zo worden detachingsovereenkomsten gesloten, waarbij de medewerkers van het recherchebureau hun werkplek op het kantoor van de sociale dienst hebben, zij in een hiërarchische verhouding tot de 'klantmanager of teamchef' van de sociale dienst staan, die het uiteindelijke besluit neemt om al dan niet een onderzoekshandeling te verrichten.⁵² Inhuren van uitzendkrachten staat ook het bestuur vrij, maar of dat daadwerkelijk het geval is en de handelingen aan het bestuur kunnen worden toegerekend, hangt af van de mate waarin het bestuur daadwerkelijk de feitelijke regie heeft behouden over het door de medewerkers uitgevoerde onderzoek. De vastgelegde werkprocessen en de gesloten contracten zijn daarvoor niet bepalend. Uit het dossier moet blijken dat gedurende het onderzoek een verifieerbare terugkoppeling aan het bestuursorgaan heeft plaatsgevonden.

"Dat de klantmanager het dossier heeft geselecteerd en voor nader onderzoek aan Investiga heeft overgedragen, en de medewerkers daar dus niet de vrije keuze in hebben gehad, doet niet af aan het feit dat de medewerkers het eigenlijke onderzoek vervolgens zelfstandig hebben uitgevoerd. Uit de onderliggende stukken noch uit het Rapport is gebleken dat verweerder de medewerkers heeft geïnstrueerd hoe zij het bewuste bijzonder onderzoek

moesten uitvoeren. Dat duidt er op dat de medewerkers kennelijk zelf hebben kunnen bepalen welke onderzoekshandelingen (waarnemingen, buurtonderzoeken, huisbezoeken, het opvragen van informatie bij derden, e.d.) moesten worden verricht en wanneer dat moest worden gedaan. (...) Het ontbreken van verifieerbare overlegmomenten duidt op een onvoldoende mate van regie door verweerder."⁵³

Ook bij het wél geaccepteerde private toezicht onder de WSF 2000 speelt de gezagsverhouding en de mate van aansturing een rol. De medewerkers van een privaat recherchebureau mogen dan door de minister als toezichthouder worden aangewezen, anderen die voor het bureau diensten verrichten, zoals zzp'ers, vallen niet onder dat mandaat.

"De rechtsverhouding tussen een zzp'er, die in opdracht diensten verricht, en het private bedrijf mist de voor een regulier dienstverband tussen een werkgever en een werknemer kenmerkende elementen van bestendigheid en het bestaan van een gezagsverhouding. Door het ontbreken van een voldoende rechtstreekse gezagsverhouding zijn sturingsmogelijkheden onvoldoende verzekerd, waardoor zorgvuldigheid en betrouwbaarheid van het door de controlerende zzp'er uitgevoerde onderzoek in het gedrang komen."⁵⁴

Werkinstructies, protocollen en vaste handhavingsformulieren vormen geen vervanging voor die sturing. De Centrale Raad is duidelijk:

"Met de aanwijzing van werknemers van private bedrijven bij het toezicht op de naleving van artikel 1.5 van de Wsf 2000 is de grens van wat nog aanvaardbaar is, bereikt."⁵⁵

Voor uitkeringsgerechtigden is deze jurisprudentielijn een verbetering, maar de consequenties van de lijn voor de eigen rechtszaak zijn lastig te trekken. Het is voor een burger geen gemakkelijke opgave om zicht te krijgen op de arbeidsrechtelijke positie van de persoon die het fraudeonderzoeksrapport heeft opgetekend en ondertekend.⁵⁶

50 R.o. 4.7 uit CRvB 16 september 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2947, AB 2014/422, m.nt. Bröring.

51 Zoals artikel 8 EVRM vaak een beslissende rol speelt in het oordeel dat de bewijsvergaring 'zozeer indruist' tegen hetgeen van een behoorlijk handelend bestuursorgaan wordt verwacht, zie bijv. CRvB 11 april 2007, AB 2007/149, m.nt. Bröring.

52 Zie bijv. Rb. Rotterdam 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7078.

53 Rb. Rotterdam 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7078, r.o. 8.

54 CRvB 1 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1943.

55 CRvB 21 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3566, r.o. 4.3.

56 Zie ook CRvB 17 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1835, r.o. 4.5., waarin eisers menen dat een extern bedrijf is ingeschakeld. "De Svb heeft in zijn verweerschrift uiteengezet (...) dat aan diverse vertegenwoordigingen van het Koninkrijk in het buitenland medewerkers van de Svb verbonden zijn die onder meer onderzoeken uitvoeren die nodig zijn voor de wetten die de Svb uitvoert, dat in Turkije aan de Nederlandse ambassade de Attaché en een bureau voor Sociale Zaken is verbonden en dat zowel de Attaché als de medewerkers van dat bureau in dienst zijn van de Svb. Ter zitting hebben de vertegenwoordigers van de Svb verklaard dat dit laatste ook van toepassing is op de zogeheten buitendienstmedewerkers. Hiermee heeft de Svb voldoende toegelicht en onderbouwd dat degenen die in Turkije het onderzoek hebben verricht naar eventueel vermogen van appellanten in dat land, in dienst zijn van de Svb en hun onderzoekswerkzaamheden dus hebben verricht in het kader van de vervulling van een publieke taak."

4.3 Een juridische grens die ook een grens in werkelijkheid is?

De rechter heeft de wat wilde tuin van de wetgever aangeharkt: privaat fraudeonderzoek kan, maar het bestuursorgaan moet de feitelijke sturing in het onderzoek nemen. Heeft deze rechtspraak de werkelijkheid ingrijpend veranderd? Ja en nee. Ja, er zijn andere overeenkomsten gesloten tussen bestuursorganen en de recherchebureaus, de commerciële prikkels zijn teruggedrongen en er vindt een betere verslaglegging plaats van de keuze om onderzoeksbevoegdheden in te zetten. Maar wij hebben zeer onze twijfels of de door juristen gewenste sturing maatschappelijke werkelijkheid is. Wie de producten van particuliere onderzoeksbureaus als SV Land en Langhenkel bestudeert⁵⁷, vraagt zich af wie nu wie stuurt en opleidt in het onderzoek. Het lijken vooral de private recherchebureaus die de expertise in huis hebben en de sociaal rechercheurs of sociaal zekerheidsconsulent trainen. Zo bieden deze bureaus voor ambtenaren aantrekkelijke cursussen aan als de 'Training signaleren en opsporen van fraude 2.0' of 'Internetonderzoek Sociale Zekerheid', waarin men leert een zoekstrategie te ontwerpen, zoekmachines te gebruiken, social media uit te pluizen en de gevonden informatie te loggen en als bewijsmateriaal veilig te stellen. Vaardigheden kunnen verder worden uitgebreid met cursussen 'Training Fraudealertheid: dossiers en de spreekkamer', met aandacht voor het analyseren van bankafschriften, de echtheidskenmerken van bewijsstukken en de falsificatie van documenten, met een cursus 'Huisbezoek' of de 'Basistraining heimelijk waarnemen en volgen'. Bij ons doemt het beeld op dat decentralisatie in het sociale domein niet zozeer het (handhavende) bestuur dichterbij de burger brengt, maar vooral het bestuur dichterbij de private recherche brengt.

5. Normatief kader voor private recherche in het bestuursrecht

Toezicht en handhaving vormen bij uitstek klassieke overheidstaken. De overheid stelt de te handhaven normen, doet onderzoek naar mogelijke overtredingen en grijpt eenzijdig in met handhavende maatregelen. Handhavingstaken hebben per definitie raakvlakken met machtsuitoefening en inbreuken op de persoonlijke levenssfeer, waardoor een publiekrechtelijke normering en rechtsstatelijke controle onontbeerlijk zijn.⁵⁸ De privatisering van publieke taken mag die normering en controle niet uithollen.⁵⁹

Op het gebied van de publiekrechtelijke normering ligt er een duidelijke taak voor de wetgever. Deze dient zich te bezinnen op een samenhangende visie op geprivatiseerd toezicht in het publieke domein. Geprivatiseerd toezicht lijkt alleen aangewezen als de expertise die benodigd is

voor controle op de naleving van regels niet of onvoldoende bij de overheid aanwezig is. Onderzoek naar de woonomstandigheden van uitkeringsgerechtigden vormt een taak die overheidsorganen al jaren hebben uitgeoefend en vergt geen bijzondere expertise. Daarnaast zou het belang van privacy groot gewicht in de schaal moeten leggen. Hoe vaker en meer ingrijpend inbreuk moet worden gemaakt op het recht op privacy, hoe minder particulier toezicht is aangewezen. Bovendien komen dan ook grenzen neergelegd in artikel 8 EVRM aan bod, die eisen stellen aan de wettelijke grondslag van de bevoegdheid om persoonsgegevens te verzamelen en verwerken en de voorzienbaarheid van de bevoegdheidsaanwending. *Secret surveillance* is in dat opzicht extra problematisch.

"In view of the risk of abuse intrinsic to any system of secret surveillance, such measures must be based on a law that is particularly precise, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated."⁶⁰

De ingrijpende onderzoeksmethoden die soms worden ingezet, zoals schaduwen van personen en het volgen van vervoermiddelen met behulp van GPS, lijken een meer precieze bevoegdheidsgrondslag te eisen dan nu in afdeling 5.2 Awb is voorzien.⁶¹ Dat normatieve kader verdient een onderzoek op zich, maar duidelijk is dat de Awb-normering van ingrijpende onderzoeksmethoden zeer beperkt is. Daarnaast zou de wetgever moeten doordenken of de Wet op de particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus niet ook op onderzoek in het bestuurlijk domein moet worden toegepast, zoals Barkhuysen al eerder bepleitte.⁶² Dat zou in enig toezicht op de particuliere onderzoeksbureaus voorzien en de verwerking van persoonsgegevens met meer waarborgen omgeven.

Vervolgens is het de vraag wat de bestuursrechter kan doen. Is een private partij bij of krachtens wettelijk voorschrift met toezicht belast, dan ligt er vooral de taak om kritisch te bezien welke personen door het bedrijf worden ingeschakeld. Voor het overige zien wij weinig verschillen met de beoordeling van regulier fraudeonderzoek door de bestuursrechter. Het zorgvuldigheidsbeginsel neergelegd in artikel 3:2 Awb biedt de bestuursrechter voldoende armslag om een objectief en zorgvuldig onderzoek naar de feiten te verlangen. Het door de particuliere recherchebureaus uitgevoerde onderzoek wordt uiteindelijk aan het bestuursorgaan toegerekend. Onrechtmatigheden begaan door de particuliere recherche zullen steeds als onrechtmatigheden van het bestuursorgaan hebben te gelden.

In zoverre verschilt het bestuursrecht van het strafrecht. Het Wetboek van Strafvordering biedt geen ruimte voor

57 Te vinden op www.langhenkel.nl/opleidingen/werk-inkomen-en-zorg/4-cursussen-en-trainingen-wiz/4c-participatiewet/ en www.svland.nl/opleidingen/ (laatst geraadpleegd op 2 november 2016).

58 Hoogenboom 2000, p. 2.

59 J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout, 'De publieke taak: een inleiding', in J.W. Sap, B.P. Vermeulen, C.M. Zoethout, *De publieke taak*, Deventer: Kluwer, 2003, p. 1.

60 EHRM 18 oktober 2016, nr. 61838/10 (*Vukota-Bojic/Switzerland*), r.o. 67, waarin ook sprake was van private recherche, ingeschakeld in het publieke domein.

61 Zie ook CrvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947.

62 T. Barkhuysen, 'Grenzen aan de privatisering van (uitkerings)fraudeonderzoek', *NJB* 2016, p. 175.

politie of OM om een deel van het opsporingsonderzoek bij particuliere recherchebureaus te beleggen. De uitvoering van dat particuliere onderzoek wordt dan ook niet door het strafrecht genormeerd, maar door artikel 6:162 BW. Is in dat onderzoek bewijsmateriaal onrechtmatig verkregen, dan vormt dat op zich geen belemmering om in het strafrechtelijke traject van dat bewijsmateriaal gebruik te maken, tenzij de (informele) overheidsbemoeienis met de private bewijsverkrijging aanzienlijk is geweest.⁶³ Dan kan dat een grond zijn om de onrechtmatigheid van de bewijsverkrijging alsnog aan de strafrechtelijke autoriteiten toe te rekenen.⁶⁴ Uit empirisch onderzoek blijkt evenwel dat de politie tijdens het proces van bewijsvergaring nauwelijks direct contact heeft met particuliere recherchebureaus.⁶⁵

Voor de bestuursrechter uitdagender wordt het als een bestuursorgaan meer informeel gebruikmaakt van particuliere onderzoeksbureaus. Dat gebeurt niet alleen in de sociale zekerheid, maar ook daarbuiten. In het ambtenarenrecht wordt bedrijfsrecherche veelvuldig ingezet om aan de hand van camerabeelden, forensic accountancy, onderzoek naar mailverkeer en heimelijk volgen inzichtelijk te maken of plichtsverzuim plaatsvindt. De bevindingen van de bedrijfsrecherche worden niet alleen gebruikt voor disciplinaire maatregelen of ontslag, maar ook voor de feitelijke vaststelling in andere besluitvormingstrajecten, zoals het recht op WW en de verwijfbare werkloosheid. Forensic accountants worden ingeschakeld in het financiële bestuursrecht, bijvoorbeeld bij de controle van de rechtmatigheid van de bestedingen in het subsidierecht.⁶⁶ Onderdeel van het onderzoek van de accountant is dat er hoor- en wederhoor is, waardoor de externe accountant in feite gehoren afneemt. Markttoezichthouders lijken in toenemende mate gebruik te maken van mystery guests, die soms bij de toezichthouder werkzaam zijn, maar soms door een particulier bedrijf worden geleverd. Soms besteedt een toezichthouder het hele feitelijke onderzoek uit, zo bleek onlangs in een zaak van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa). De bevinding dat de helpdesks van bepaalde zorgverzekeraars zich schuldig hadden gemaakt aan misleidende informatievoorziening was volledig gebaseerd op een door TNS-NIPO uitgevoerd 'mystery callers'-onderzoek.⁶⁷ Na Kamervragen wordt duidelijk dat dit geen incident is in de uitvoeringspraktijk van de NZa; in 2014 blijken 22 onderzoeken met betrekking tot de regulerings-, toezicht- en handhavingstaken te zijn uitbesteed, in 2015 is dat toegenomen tot 31 zaken.⁶⁸

Waar houdt de taak van deze externe deskundigen op en begint de oneigenlijke uitbesteding van de bestuurstaak? Daar bestaat verrassend weinig theorie over. Rechtspraak kan het bestuur gehouden achten om een deskundige in te schakelen vanwege bij hem ontbrekende expertise; rechtspraak waarin wordt geoordeeld dat het bestuursorgaan zelf het onderzoek had moeten verrichten en een bestuurstaak ongeoorloofd heeft uitbesteed, ontbreekt nagenoeg.⁶⁹ Digitale bestandsanalyse en forensic accountancy kunnen naar ons oordeel als een regulier deskundigenonderzoek kwalificeren. Het afnemen van getuigenverklaringen, het afleggen van huisbezoeken en het schaduwen van personen, gaat de grenzen van een deskundigenonderzoek te buiten. In die gevallen wordt overheidsgezag aangewend om informatie uit het privé domein te verkrijgen. In de paragrafen 3 en 4 betoogden wij dat het privacybelang een sterke contra-indicatie is voor de mogelijkheid van privaat toezicht. Die belemmering zou niet moeten kunnen worden omzeild door hen vervolgens als deskundige te contracteren. De regeling van deskundigenadviesing in afdeling 3.3 Awb gaat er overigens ook vanuit dat het bestuursorgaan aan de adviseur de gegevens ter beschikking stelt die nodig zijn voor het advies, artikel 3:7 Awb. Op basis van een concrete adviesaanvraag heeft de deskundige de taak om gegevens te verzamelen en te waarderen. Moeten daarbij gegevens worden verkregen uit het privé domein van de burger, dan zal de deskundige die ofwel via het bestuur moeten verkrijgen, dan wel de burger moeten verzoeken deze te overleggen. Hij is niet zelfstandig bevoegd een inbreuk te maken op het privéleven van de burger.

Voor de bestuursrechter is het lastig vat te krijgen op de mate waarin het onderzoek door ambtenaren dan wel door particulieren is verricht. Wat ziet hij daar in het dossier van terug? Waarschijnlijk komen de particuliere recherchebureaus alleen in zicht als per bewijsstuk wordt gezien wie dat heeft opgemaakt en bij welke instelling het onderliggende onderzoeksmateriaal berust. Daarvoor is doorvragen nodig. Ook nodig is dat bestuursorganen absolute transparantie betrachten en laten zien wie als overheid optreedt. In dat licht is het onacceptabel dat een gemeente in een rechtszaak niet de overeenkomst met het onderzoeksbureau heeft willen overleggen⁷⁰ en dat in sommige rechterlijke uitspraken het ingeschakelde bedrijf geanonimiseerd wordt, zodat het publiek niet kan achterhalen wie overheidstaken uitvoert.

63 Ybo Buruma, *Particuliere opsporing*, in: Hoogenboom 2000, p. 143 Hoogenboom 2000, p. 143.

64 F.W. Bleichrodt, *Over burgers en opsporing* (oratie EUR), Deventer: Kluwer 2010, p. 16 en 17.

65 Meerts en Doorns 2009, p. 104-106.

66 Rb. Zwolle-Lelystad 1 november 2004, ECLI:NL:RBZLY:2004:AR5130: "De rechtbank deelt niet het standpunt van eiseressen dat verweerder, zonder dat daarvoor een gerechtvaardigde aanleiding was, tot het instellen van een (onafhankelijk) onderzoek door Deloitte & Touche Forensic Services (verder: D&T) heeft besloten."

67 CBb 15 januari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:1.

68 Brief van minister Schippers van 4 februari 2016, kenmerk 910267-146674-Z.

69 Verdere rechtsvergelijking zou op dit interessant zijn. In de Amerikaanse literatuur wordt bijvoorbeeld bediscussieerd of sommige taken zoals fraudeopsporing een inherente publieke taak zijn, die niet geoutsourcet mogen worden aan private partijen. Zie bijvoorbeeld Paul R. Verkuil, *Outsourcing Sovereignty: Why Privatization of Government Functions Threatens Democracy and What We Can Do about it* (2007); Dawn Oliver, *Common Values and the Public-Private Divide* (1999).

70 CRvB 16 september 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2947, AB 2014/422, m.nt. Bröring.

6. Conclusie

De afgelopen jaren hebben bestuursorganen herhaaldelijk particuliere recherchebureaus ingeschakeld voor het verrichten van fraudeonderzoek. Particuliere recherche kan aantrekkelijk zijn vanuit het oogpunt van efficiency, deskundigheid en flexibiliteit, mede vanwege een beperkte wettelijke normering van het onderzoek. Technologische ontwikkelingen zullen de overheid waarschijnlijk meer afhankelijk maken van particuliere onderzoeksdiensten. De wetgever heeft geen eenduidige visie op de mogelijkheid en wenselijkheid van particuliere recherche ontwikkeld. De Awb verzet zich er niet tegen, de WWB weer wel en de WSF 2000 weer niet. Hier ligt een duidelijke taak voor de wetgever, waarbij de normering door artikel 8 EVRM nadere aandacht behoeft, alsmede de bescherming van persoonsgegevens in meer algemene zin, zo bepleitten wij in deze verkennende bijdrage.

De Centrale Raad heeft in zijn jurisprudentie grenzen gesteld aan de inschakeling van private onderzoeksbureaus. Verrichten zij het fraudeonderzoek in zelfstandigheid, dan oefenen zij de facto toezicht uit. Dat kan alleen als de wetgever de wettelijke bevoegdheid heeft gecreëerd andere personen dan ambtenaren als toezichthouder aan te wijzen. Schakelt het bestuursorgaan zonder die wettelijke grondslag particuliere recherche in, dan moet het het fraudeonderzoek aansturen. Op dossierniveau moet duidelijk zijn dat het bevoegde bestuursorgaan de keuzes maakt inzake de inzet van onderzoeksbevoegdheden en dat er een verifieerbare terugkoppeling plaatsvindt. De recherchebureaus zouden niet met alle onderzoeksbevoegdheden moeten kunnen worden belast, met name niet wanneer zij bij de gegevensverzameling een inbreuk op het privéleven van de burger maken.