



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Het betreden van bedrijfsruimten aan banden gelegd op grond van art. 8 EVRM?

Barkhuysen, T.

### Citation

Barkhuysen, T. (2002). Het betreden van bedrijfsruimten aan banden gelegd op grond van art. 8 EVRM? *Nederlands Tijdschrift Voor Bestuursrecht*, 2002(8), 236-241. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12679>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12679>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Het betreden van bedrijfsruimten aan banden gelegd op grond van art. 8 EVRM?

T. Barkhuysen\*

## 1. Inleiding

Op 16 april 2002 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of Hof) een voor het bestuurlijke toezicht en de opsporing van strafbare feiten belangrijke uitspraak gedaan in de zaak *Sté Colas Est e.a. tegen Frankrijk*.<sup>1</sup> De uitspraak betreft met name de waarborgen waarmee het betreden van bedrijfsruimten op grond van art. 8 EVRM (dat onder meer het huisrecht beschermt) moet zijn omgeven. Hoewel de uitspraak ziet op het mededingingstoezicht, lijkt deze ook in meer algemene zin gevolgen te kunnen hebben voor de Nederlandse en EG-regeling terzake van het betreden van bedrijfsruimten, zowel in de toezicht- als in de opsporingsfase.

In deze bijdrage zal daarom om te beginnen een korte weergave worden gegeven van de inhoud van de uitspraak. Daarna zal, bij wijze van globale analyse, worden bezien wat de gevolgen van de uitspraak zouden kunnen zijn voor de huidige regeling van het betreden van bedrijfsruimten in het Nederlandse en – zij het summier – in het Europese (mededingings)recht. Vervolgens zal de vraag worden behandeld of de uitspraak nog een rol zou kunnen spelen in lopende procedures waarbij gebruik wordt gemaakt van bewijs dat gelet op de uitspraak van het EHRM in de zaak *Colas e.a.* mogelijk is verkregen in strijd met art. 8 EVRM. De bijdrage wordt afgesloten met een conclusie.

## 2. De uitspraak

Aanleiding voor de procedure bij het EHRM was het feit dat bij een aantal bedrijven (*Colas e.a.*) werkzaam in de wegenbouw door ambtenaren van de Franse economische dienst zonder vooraankondiging een inval werd gedaan in verband met de verdenking van fraude. Het ministerie van Economische Zaken (het directoraat-generaal verantwoor-

delijk voor mededingingsaangelegenheden) had hiertoe besloten. De invallen vonden plaats zonder toestemming van de betrokken bedrijven en duizenden documenten werden meegenomen. Tijdens het onderzoek werden ook bewijzen gevonden waaruit het bestaan bleek van verboden onderling afgestemde gedragingen. De betrokken documenten en feiten werden vervolgens voorgelegd aan de Franse mededingingsautoriteit. Na nader onderzoek door deze dienst werd inderdaad een overtreding vastgesteld en werd de betrokken bedrijven een boete opgelegd.

In de daaropvolgende nationale beroepsprocedure beriepen *Colas e.a.* zich op de onrechtmatigheid van het verkregen bewijs. Daarbij werd aangevoerd dat de opsporingsactiviteiten waren gebaseerd op een wet van 30 juni 1945, die ten onrechte onder meer niet voorzag in het verkrijgen van toestemming van een onderzoeksrechter voor het betreden van de bedrijfsruimten. Tot in hoogste instantie werd deze stelling en het beroep op art. 8 EVRM (het recht op respect voor de woning c.q. het huisrecht) echter verworpen door de Franse rechter.

De betrokken ondernemingen legden zich daarbij echter niet neer en dienden in Straatsburg een klacht in, waarbij zij onder meer stelden dat art. 8 EVRM wel degelijk zou zijn geschonden. De Franse regering wierp, onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie van het EHRM en het Hof van Justitie van de EG, tegen dat de bescherming van art. 8 EVRM niet zou gelden voor rechtspersonen.

In de *Colas*-uitspraak komt het EHRM uiteindelijk, in afwijking van deze eerdere jurisprudentie en onder verwijzing naar het dynamische karakter van het EVRM, tot de conclusie dat onder omstandigheden thans ook rechtspersonen aanspraak kunnen maken op de bescherming van art. 8 EVRM, zonder echter te specificeren welke omstandigheden dit betreft. In eerdere zaken had het Hof de bescherming van art. 8 EVRM nog alleen toegekend wanneer er sprake was van ten minste een aspect van een privé-vertrek of van ruimten louter in gebruik bij een natuurlijk persoon.<sup>2</sup> De

\* Mr. T. Barkhuysen is advocaat te Amsterdam bij Stibbe en per 1 november 2002 universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

1. NJB 2002, p. 1068, EHRC 2002, 46 m.nt. H.L. Janssen, AB 2002, 277 m.nt. OJ.

2. Zie bijv. EHRM 25 februari 1993, *Funk* e.a. t. Frankrijk, Series A, vol. 256-A-B-C, NJ

1993, 485 m.nt. Kn, NJCM-Bulletin 1993, p. 584 e.v. m.nt. EM (doorzoeken woning van natuurlijke personen valt onder art. 8 EVRM); EHRM 30 maart 1989, *Chappel* t. Verenigd Koninkrijk, Series A, vol. 152, NJ 1991, 522 m.nt. EJD (daarin betrof het een ruimte die dienst deed als privé-woning en als bedrijfszonderkomen om welke reden werd aangenomen dat de be-

scherming van art. 8 EVRM gold); EHRM 16 december 1992, *Niemietz* t. Duitsland, Series A, vol. 251-B, NJ 1993, 400, m.nt. EJD, NJCM-Bulletin 1993, p. 320 e.v. m.nt. EM (woning waarin een advocaat (deels) zijn praktijk uitoefent valt onder de bescherming van art. 8 EVRM).

onderhavige zaak betreft echter alleen het doorzoeken van bedrijfspanden. Geconcludeerd wordt dat er een inmenging in het door art. 8 EVRM beschermde huisrecht heeft plaatsgevonden. Vervolgens komt de vraag aan de orde of deze inmenging gerechtvaardigd kan worden gelet op de beperkingsgronden als voorzien in art. 8 lid 2 EVRM. Daarbij oordeelt het Hof dat is voldaan aan het vereiste van de voorzienbaarheid bij wet. Het Hof is echter kritisch over de omvang van de bevoegdheden van de (mededingings)autoriteiten in het kader van de noodzaak daarvan in een democratische samenleving. Geoordeeld wordt dat het doel dat wordt gediend met de bevoegdheden – opsporing van mogelijke concurrentievervalsing – in casu niet in redelijke verhouding staat tot de buitengewoon ruime opsporingsbevoegdheden van de ambtenaren van de economische dienst. Voorts was op grond van de destijds geldende regelgeving niet vereist dat voorafgaand aan het betreden van de ruimten een rechterlijk bevel werd verkregen en stonden de operaties niet onder supervisie van een onderzoeksrechter. Daarbij komt dat tijdens de onderzoeken en inbeslagnemingen geen politiefunctaris aanwezig was (dergelijke vereisten zijn – ook waar het betreft bedrijfspanden – wel opgenomen in later van kracht geworden Franse wetgeving). Deze ruime omvang van bevoegdheden en de onvoldoende wettelijke waarborgen voor het uitoefenen daarvan, houden volgens het Hof gevaar voor willekeur in. Het Hof acht art. 8 EVRM dan ook geschonden.

Het belang van de uitspraak ligt in de eerste plaats in de nadrukkelijke erkenning door het Hof dat onder omstandigheden ook rechtspersonen aanspraak kunnen maken op de bescherming van art. 8 EVRM waar het betreft het huisrecht.<sup>3</sup> Het EHRM geeft in de uitspraak expliciet aan dat daarmee wordt afgeweken van eerdere jurisprudentie en komt zo in conflict met de lijn die het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg van de EG tot nu toe volgen, bijvoorbeeld in mededingingszaken.<sup>4</sup> In de tweede plaats is de uitspraak van betekenis vanwege de conclusie van het Hof dat in geval er aan de zijde van de toezichthoudende autoriteiten ruime bevoegdheden bestaan voor het betreden van bedrijfsruimten, er op grond van art. 8 EVRM voldoende waarborgen moeten bestaan tegen willekeurig gebruik daarvan. Onvoldoende waarborg biedt rechterlijk toezicht achteraf, nu het Hof het ontbreken van het vereiste van een rechterlijke machtiging vooraf, het ontbrekende toezicht door een onderzoeksrechter tijdens de onderzoeking en de afwezigheid daarbij van een politiefunctaris als factoren opvoert die leiden tot de conclusie dat art. 8 EVRM is geschonden. Waar het het Hof te doen is om daadwerkelijke waarborgen tegen willekeurige bevoegdheidsuitoefening mag worden aangenomen dat louter supervisie tijdens het onderzoek niet voldoende is, maar dat het voorafgaande rechterlijke toezicht evenzeer of zelfs van groter belang is gelet op de vereisten van art. 8 EVRM. Aan de waarde van de aanwezigheid van

een politiefunctaris kan overigens worden getwijfeld, zeker in zaken waar het onderzoek – anders dan in de Colas-zaak – zelf ook wordt uitgevoerd door de politie.

### 3. Gevolgen voor het huidige recht

De uitspraak in de zaak *Colas e.a.* (waartegen geen intern appel bij de Grote Kamer van het EHRM is ingesteld, zodat deze als definitief moet worden aangemerkt) lijkt grote gevolgen te hebben voor de regeling van het betreden van bedrijfsruimten zoals die is voorzien in het nationale recht en in het Europese (mededingings)recht. De betreffende regelingen gaan immers nog uit van de veronderstelling dat bedrijfsruimten niet onder de bescherming van art. 8 EVRM vallen, kennen aan de autoriteiten ruime bevoegdheden toe en voorzien niet in rechterlijk toezicht voorafgaand aan en supervisie tijdens het onderzoek. Dat geldt voor de regelingen met betrekking tot de toezichtfase, maar evenzeer waar het betreft de opsporingsfase.

#### 3.1 Het Nederlandse recht

Op grond van art. 12 van de Nederlandse Grondwet is het tegen de wil van de bewoner binnentreden in een woning alleen geoorloofd in bij of krachtens de wet bepaalde gevallen en alleen door die personen die daartoe bij of krachtens de wet zijn aangewezen. Daarbij moeten deze personen zich in beginsel legitimeren en het doel van het binnentreden melden. Een en ander is nader uitgewerkt in de Algemene wet op het binnentreden (Awbi). Op basis daarvan mag in het kader van het bestuurlijke toezicht en de opsporing – noodsituaties en in een bijzondere wet voorziene zeer bijzondere andere situaties daargelaten – in beginsel niet tegen de wil van de bewoner in een woning worden binnengetroten, tenzij een machtiging is verkregen van een advocaat-generaal bij het gerechtshof, een (hulp) officier van justitie en – tenzij bij wet anders bepaald, buiten het kader van de strafvordering en alleen terzake van een in zijn gemeente gelegen woning – een burgemeester (art. 1-9 Awbi). Op grond van de Awbi moet van het binnentreden voorts een verslag worden opgemaakt dat aan de bewoner en aan de functionaris die de machtiging heeft afgegeven, wordt verstrekt (art. 10 en 11 Awbi). Daarmee wordt een rechtmatigheidscontrole achteraf gefaciliteerd. De Awbi fungeert als een uniforme regeling voor alle wetten waarin de bevoegdheid tot het betreden van woningen zonder toestemming van de bewoner voorkomt, zij het dat in sommige wetten daarvan op bepaalde punten wordt afgeweken.<sup>5</sup>

Onder het begrip 'woning' wordt in het kader van de Grondwet en in het verlengde daarvan de Awbi tot nu echter alleen verstaan de ruimte waarin iemands privé-huishelijk leven zich afspeelt. Het huisrecht uit de Grondwet en

3. Over deze kwestie schreven eerder R.A.R.S. Finaly, 'Privacy van rechtspersonen', NJCM-Bulletin 1998, p. 554-570; A.L.J. van Strien, 'Rechtspersonen en mensenrechten', RMThemis 1996, p. 3-19; I.G.F. Cath, 'Hebben ondernemingen recht op bescherming in de

privésfeer?', NJCM-Bulletin 1991, p. 28-54.

4. Vgl. bijv. HvJ EG, Hoechst t. Commissie (gevoegde zaken 46/87, 227/88), ECR 2589, 1991; GvEA EG, Limburgse Vinyl en DSM t. Commissie (gevoegde zaken T-305/94, 307/94, 313/94, 316/94, 318/94, 325/94,

328/94, 329/94), ECR II-931, 1999.

5. Zie nader P.A.M. Mevis & T. Blom, 'Commentaar artikel 12 Grondwet', in: A.K. Koekoek (red.), *De Grondwet, Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 184-191.

de Awbi biedt daarmee naar huidig recht geen bescherming voor bedrijfsruimten, tenminste als zich daarin in het geheel geen privé-huiselijk leven afspeelt.<sup>6</sup> Daarmee wordt dus uitgegaan van een beperkte betekenis van het huisrecht, vergelijkbaar met de reikwijdte die het EHRM toekende aan art. 8 EVRM voor de Colas-uitspraak en die nog steeds wordt aangehangen door de communautaire rechters. Dit betekent dat het machtigings- en het verslagleggingsvereiste op grond van de Awbi op grond van het huidige Nederlandse recht niet geldt voor het tegen de wil van de rechthebbenden betreden van bedrijfsruimten.

Ook bij de toepassing van de betredingsbepaling van art. 5:15 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) wordt uitgegaan van de hiervoor beschreven beperkte reikwijdte van het huisrecht. Op grond van dit wetsartikel is een (ingevolge art. 5:11 Awb bij bijzondere wet aangewezen) toezichthouder bevoegd elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner. Dit betekent dat bedrijfsruimten zonder toestemming van de rechthebbenden en zonder machtiging mogen worden betreden. Daarbij kunnen op grond van art. 5:17 Awb, net als in de Colas-zaak, ook kopieën worden gemaakt van gegevens en bescheiden, terwijl op grond van art. 5:16 Awb inlichtingen kunnen worden gevorderd. Voor 'geheimhouders' zoals advocaten geldt dat zij medewerking kunnen weigeren voor zover dit uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit (art. 5:20 Awb).

De bevoegdheid om plaatsen te betreden volgens de Awb-regeling is uitdrukkelijk voorzien in diverse bijzondere wetten, op grond waarvan dus voor bedrijfsruimten geen machtigings- en verslagleggingsvereiste geldt. Voorbeelden daarvan zijn de art. 50-55 van de Mededingingswet (Mw) op basis waarvan bepaalde aangewezen ambtenaren van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) bevoegd zijn deze ruimten te betreden.<sup>7</sup> Verder kan worden gedacht aan medewerkers van de Autoriteit Financiële Markten (de voormalige Stichting Toezicht Effectenverkeer), die hun betredingsbevoegdheid ontleen aan art. 29 lid 2 van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 en aan medewerkers van De Nederlandsche Bank (op grond van art. 19 Wet toezicht beleggingsinstellingen).<sup>8</sup> Meer klassieke voorbeelden zijn de verwijzing in art. 119 Woningwet en 18.4 Wet milieubeheer (Wm) naar de Awb-regeling van het betreden van woningen ten behoeve van het toezicht op de naleving van deze wetten. Op grond van art. 18.5 Wm geldt een bijzondere regeling voor het toezicht met betrekking tot gevaarlijke stoffen: de bevoegde ambtenaren mogen met het oog daarop zelfs een woning betreden zonder toestemming van de bewoner en zonder daartoe strekkende machtiging.<sup>9</sup>

6. Mevis & Blom, a.w., p. 185-187 en *Tekst & Commentaar Grondwet* (Kortmann), aantekening 1-5 bij art. 12, Deventer: Kluwer 1998, p. 12-13. Vgl. ook HR 3 oktober 1995, NJ 1996, 219 m.nt. Kn. In de memorie van toelichting bij art. 12 Grondwet lijkt zelfs van een nog beperktere definitie te worden uitgegaan. Daarin wordt een 'woning' omschreven als een ruimte die tot exclusief verblijf voor een persoon of een beperkt aantal in een gemeenschappelijke huishouding levende personen ingericht en bestemd is (*Kamerstukken II 19 073, nr. 3, p. 20 e.v.*).

7. Zie daarover nader P.J.M. Koning & N.U.N. Van den Heuvel-Kien, *Formeel mededingingsrecht, Bestuursrechtelijke aspecten van uitvoering en handhaving van de Mededingingswet*, 's-Gravenhage: Elsevier 2000, p. 133-163. Zie ook C.T. Dekker, *Nederlands mededingingsprocesrecht, Besluitvormingsprocedures en rechtsbescherming in het kader van de Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2002, p. 291-312.

8. Zie daarover S.E. Eisma, 'Sancties en geschillen', in: S.E. Eisma (coördinator), *Leerboek effectenrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 269-291.

9. Vgl. Ch. Backes e.a., *Milieurecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 261-263.

10. Een vergelijkbare conclusie wordt getrokken door G. van der Wal die de Colas-uitspraak heeft besproken in *NTER 2002*, p. 191-194 (onder de titel EHRM: Kantoor als woning). O.J.D.M.L. Jansen spreekt, in zijn noot onder de uitspraak in *AB 2002*, 277 – iets voorzichtiger – van 'risico's'.

11. In die zin ook Koning & Van den Heuvel-Kien, a.w., p. 155-156.

Ook waar het betreft de betredingsbevoegdheid in de opsporingsfase wordt het systeem van de Awbi gevolgd en wordt een onderscheid gemaakt tussen woningen en bedrijfsruimten, waarbij deze laatste categorie ruimten zonder rechterlijke machtiging mag worden betreden. In, bijvoorbeeld, het Wetboek van Strafvordering (art. 96c en 126k en r), de Wet op de economische delicten (art. 20), de Opiumwet (art. 9), de Wet wapens en munitie (art. 49) en de Algemene wet inzake rijksbelastingen (art. 83) zijn voor het betreden van bedrijfsruimten ruime bevoegdheden voorzien. Daarvan mag – anders dan in het kader van het bestuurlijk toezicht – wel pas gebruik worden gemaakt wanneer er, kort gezegd, sprake is van een verdenking. Uit het feit dat er in de Colas-zaak eveneens sprake was van een verdenking, volgt dat op grond van art. 8 EVRM echter ook in die situatie voorafgaand rechterlijk toezicht en supervisie is vereist.

Het lijkt er op dat de hiervoor beschreven wetgeving dan wel in ieder geval de toepassing daarvan, gelet op de Colas-uitspraak, zal moeten worden aangepast waar het gaat om het betreden van kantoor- en andere bedrijfsruimten. Ook voor laatstgenoemde ruimten zou het toestemmingsvereiste moeten worden ingevoerd en voor gevallen waarin toestemming uitblijft, het vereiste van een machtiging.<sup>10</sup> Zolang de betreffende wetsbepalingen nog niet expliciet in overeenstemming zijn gebracht met art. 8 EVRM – hetgeen mede gelet op de rechtszekerheid de voorkeur zou verdienen – zouden rechtspersonen zich op het standpunt kunnen stellen dat deze bepalingen en met name het daarin opgenomen begrip 'woning' EVRM-conform moeten worden toegepast.<sup>11</sup> Indien dat laatste zou worden geweigerd, zou in extremis medewerking aan een onderzoek zonder toestemming dan wel machtiging door een rechtspersoon kunnen worden geweigerd. Eventueel daaruit voortvloeiende sancties (bijvoorbeeld op grond van art. 184 Wetboek van Strafrecht, het niet voldoen aan een ambtelijk bevel) zouden eveneens met een beroep op art. 8 EVRM kunnen worden aangevochten. Zo nodig zou ook een gang naar het EHRM kunnen worden overwogen om op deze wijze te laten vaststellen of en, zo ja in hoeverre, het Nederlandse recht inderdaad aanpassing behoeft waar het betreft de waarborgen bij het betreden van bedrijfsruimten.

Strikt genomen is het, gelet op de Colas-uitspraak, daarnaast de vraag in hoeverre het in overeenstemming is met art. 8 EVRM dat een binnentredingsmachtiging op grond van de Awbi en de daarop gebaseerde bijzondere wetten kan worden verstrekt door leden van het openbaar ministerie en – in sommige gevallen – burgemeesters. Gezien deze uitspraak dient de machtiging ter voorkoming van

willekeur in ieder geval te worden verstrekt door een voldoende onafhankelijke en onpartijdige autoriteit. Hoewel het openbaar ministerie formeel gezien onderdeel uitmaakt van de rechterlijke macht, zou kunnen worden betoogd dat leden daarvan vanwege hun mogelijke betrokkenheid bij het onderzoek onvoldoende onafhankelijk kunnen oordelen. Datzelfde geldt voor burgemeesters, waarbij komt dat deze geen onderdeel uitmaken van de rechterlijke macht, terwijl het EHRM juist rechterlijk preventief toezicht lijkt te eisen.

### 3.2 Het EG-(mededingings)recht

Ten aanzien van de communautaire binnentredingsregeling in het kader van het mededingingstoezicht door Commissie-ambtenaren, zoals voorzien in Verordening 17, kan een vergelijkbare conclusie worden getrokken als met betrekking tot de Nederlandse regeling. Ook de communautaire regeling maakt immers het betreden van bedrijfsruimten mogelijk zonder rechterlijke machtiging en ook is niet voorzien in adequaat toezicht tijdens het onderzoek. Daarbij dient echter wel de kanttekening te worden gemaakt dat het EVRM niet als zodanig deel uitmaakt van het gemeenschapsrecht (de EG is ook geen partij bij het EVRM) en het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA) van de EG, zoals reeds besproken, het begrip woning tot nu toe hebben geweigerd op te rekken tot bedrijfsruimten.<sup>12</sup> Fundamentele rechten maken wel als algemene rechtsbeginselen onderdeel uit van het gemeenschapsrecht. Daarbij komt aan het EVRM een bijzondere betekenis toe. In dit kader zou ook relevant kunnen zijn dat art. 7 van het Grondrechten Handvest van de Europese Unie inhoudelijk overeenkomt met art. 8 lid 1 EVRM. Betoogd zou kunnen worden dat het Hof van Justitie, het GvEA EG en de communautaire regelgever zich gelet hierop zouden moeten aansluiten bij de interpretatie die het EHRM heeft gegeven aan het begrip woning uit art. 8 EVRM en het huisrecht onder omstandigheden ook in het gemeenschapsrecht van toepassing zouden moeten laten zijn op bedrijfsruimten.<sup>13</sup>

Of de communautaire regelgever en/of rechters tot de bedoelde uitbreiding van de bescherming van het huisrecht bereid zouden zijn, valt moeilijk in te schatten. H.L. Janssen wijst er in haar noot bij de *Colas*-uitspraak op dat het concept van fundamentele rechten als beginselen van gemeenschapsrecht de ruimte biedt om een eigen koers te varen, zeker nu het gaat om rechtspersonen die onder de art. 81 en 82 EG-Verdrag mededingingsrechtelijke verplichtingen hebben.<sup>14</sup> Een en ander ligt echter in ieder geval anders waar het gaat om Nederlandse ambtenaren die op grond van uitvoeringswetgeving optreden in het kader van de nationale toepassing van de art. 81 en 82 EG. Daarvoor geldt de toepasselijkheid van het EVRM ten volle, zodat deze wetgeving waarschijnlijk moet worden aange-

past. Indien dat achterwege zou blijven, zou daarover geklaagd kunnen worden bij het EVRM. Daarmee zou dan een indirecte confrontatie kunnen plaatsvinden tussen de EG-regeling en het EVRM.<sup>15</sup>

### 3.3 Mogelijke nuancering van de gevolgen van de uitspraak

Bij het voorgaande zij echter wel aangetekend dat een minder vergaande interpretatie van de *Colas*-uitspraak ook verdedigbaar is. Niet bekend is immers wat het Hof precies heeft bedoeld met de 'omstandigheden' waaronder art. 8 EVRM rechtspersonen bescherming kan bieden waar het gaat om bedrijfsruimten, zij het dat de omstandigheden in de *Colas*-zaak eigenlijk niet zeer bijzonder zijn te noemen. Om te ontkomen aan de invoering van een (rechterlijke) machtiging voorafgaand aan de doorzoeking, zou daarnaast ook nog kunnen worden betoogd dat de bevoegdheden in het Nederlandse en in het gemeenschapsrecht minder ruim zijn en preciezer zijn omschreven dan in de Franse casus. Of een dergelijk betoog zou slagen is echter maar zeer de vraag, nu het huidige Nederlandse recht en het communautaire recht ook voorzien in ruime bevoegdheden op dit punt.<sup>16</sup> Het feit dat het gebruik van de binnentredingsbevoegdheid in het Nederlandse recht verder wordt genormeerd door het evenredigheidsvereiste van art. 5:13 Awb, de algemene bepalingen van de Awb (hoofdstukken 2 en 3, tenzij de aard van de handeling zich daartegen verzet) en de overige algemene beginselen van behoorlijk bestuur, leidt evenmin tot een andere conclusie. Vergelijkbare normen golden immers ook in het Franse recht ten tijde van de onderzoeken in de *Colas*-zaak, hetgeen voor het Hof onvoldoende reden was om aan te nemen dat daarmee het gebrek aan voorafgaand (rechterlijk) toezicht en het gebrek aan supervisie tijdens het onderzoek zou zijn opgeheven. Datzelfde geldt waar het betreft de toepasselijke algemene rechtsbeginselen in het gemeenschapsrecht.<sup>17</sup> Ter beperking van de gevolgen van de *Colas*-uitspraak zou verder nog kunnen worden gewezen op het feit dat het EHRM daarin het doel van het betreden van de bedrijfsruimte zwaar laat meewegen. Betoogd zou kunnen worden dat het EHRM weliswaar in het kader van het mededingingstoezicht een (rechterlijke) machtiging en supervisie tijdens het onderzoek vereist, maar dat daarmee niet is gezegd dat dit bij andersoortig toezicht, met een ander doel, eveneens het geval zou moeten zijn. Een dergelijk betoog zou kunnen slagen, indien valt aan te tonen dat het met het oog op het bereiken van dat doel niet mogelijk is om, bijvoorbeeld, een voorafgaande machtiging te verkrijgen. Daarbij zou kunnen worden gedacht aan situaties waarin per omgaande moet worden opgetreden, zodat het vragen van een machtiging niet mogelijk is zonder het doel van het onderzoek in gevaar te brengen.

12. Zie daarover uitvoerig H.L. Janssen in haar noot onder de *Colas*-uitspraak in ECHR 2002, 46.

13. Van der Wal, a.w., p. 193-194. Zie over de verhouding EG-EVRM nader R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen, Bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale*

*organisaties* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999.

14. ECHR 2002, 46.

15. In die zin ook Van der Wal, a.w., p. 194.

16. Vgl. ook de noot van O.J.D.M.L. Jansen onder de uitspraak in AB 2002, 277, die onder verwijzing naar o.m. zijn dissertatie (*Het handhavingsonderzoek* (diss. UvA), Nijmegen: Ars Aequi

Libri 1999, p. 25-26) tot een vergelijkbare vaststelling komt.

17. Zie over deze nadere normering verder Koning & Van den Heuvel-Kien, a.w., p. 139-142; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 1999, p. 473-475.

## 4. Gevolgen voor lopende procedures

Een laatste vraag die zich naar aanleiding van de *Colas*-uitspraak opdringt, heeft betrekking op het materiaal dat in lopende procedures reeds is verkregen, zonder dat daarbij de vereisten van art. 8 EVRM in acht zijn genomen. Het is de vraag of op deze wijze verkregen bewijsmateriaal al dan niet buiten beschouwing zou moeten worden gelaten in procedures die kunnen leiden tot het daaraan verbinden van de voor de betrokkene negatieve gevolgen zoals het opleggen van een punitieve sanctie (een boete), dan wel mogelijk zou moeten leiden tot matiging van dergelijke gevolgen. Op deze vraag kan geen eenduidig antwoord worden gegeven.

Het EHRM wijst het gebruik van in strijd met art. 8 EVRM verkregen bewijsmateriaal volgens vaste jurisprudentie niet bij voorbaat af. Het laat het van de omstandigheden van het geval afhangen of het gebruik van dergelijk materiaal er toe leidt dat het proces als geheel 'unfair', en daarmee in strijd met art. 6 EVRM, moet worden beschouwd.<sup>18</sup> Het Hof is kritischer als het gaat om bewijsmateriaal dat is verkregen in strijd met de vereisten voortvloeiend uit art. 6 EVRM (bijvoorbeeld in strijd met het recht om niet mee te hoeven werken aan de eigen veroordeling). Datzelfde geldt voor materiaal dat is verkregen op een wijze die duidelijk in strijd is met het geldende nationale recht.<sup>19</sup> Daarbij gaat het Hof, eveneens volgens vaste jurisprudentie, overigens nooit zover dat het direct aangeeft dat bepaald bewijsmateriaal niet gebruikt zou mogen worden.<sup>20</sup>

De Nederlandse bestuursrechtelijke jurisprudentie over het al dan niet mogen gebruiken van op onrechtmatige wijze verkregen bewijsmateriaal, lijkt dezelfde kant op te gaan, maar is nog niet geheel uitgekristalliseerd.<sup>21</sup> Uit jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad kan worden afgeleid dat onrechtmatig verkregen bewijs eventueel kan worden toegelaten als het bewijsmateriaal ook via rechtmatige weg verkregen had kunnen worden. Als dat dus niet mogelijk zou zijn, zou dat een aanwijzing kunnen zijn dat het materiaal niet gebruikt mag worden. In dat geval wordt in de jurisprudentie wel de eis gesteld dat het moet gaan om bewijsverkrijging die jegens de betrokken onderneming onrechtmatig is (*Schutznorm*).<sup>22</sup> Vertaald naar het betreden van bedrijfsruimten, betekent dit laatste dat een beroep op onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal eventueel alleen doel zou kunnen treffen wanneer het gaat om bewijsmateriaal dat is verkregen

door betreding van het bedrijfspand van de rechtspersoon die ook zelf het beroep op art. 8 EVRM toekomt. Of de rechtbank Rotterdam en het CBB – mede in het kader van het mededingingsrecht – deze lijn ook zullen volgen, is niet duidelijk.<sup>23</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State hanteert immers een enigszins afwijkend criterium. Onder verwijzing naar de vrije bewijsleer die geldt in het bestuursrecht, stelt de Afdeling dat het gebruik van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs in een bestuursrechtelijk geding slechts dan niet is toegestaan, indien het bewijs is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.<sup>24</sup> Het is dan de vraag of de inbreuk op het huisrecht van art. 8 EVRM door de Afdeling inderdaad op grond van dit criterium ontoelaatbaar zou worden geacht. In de literatuur gaan daarvoor stemmen op,<sup>25</sup> maar gelet op de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van het EHRM zou ook goed kunnen worden betoogd dat in bepaalde gevallen in strijd met art. 8 EVRM verkregen bewijs toch gebruikt zou mogen worden, ook als het gaat om punitieve sancties. Als aanvullend argument voor die laatste opvatting zou kunnen gelden dat deze jurisprudentie van het EHRM binnentreden in woningen van particulieren betrof. Als bewijs verkregen door middel van het onrechtmatig binnentreden van woningen van particulieren in sommige gevallen volgens het EHRM mag worden gebruikt, mag dit – zo kan worden betoogd – temeer indien het gaat om het binnentreden van bedrijfsruimten, nu deze in het kader van art. 8 EVRM minder beschermenswaardig zijn.

Uit het voorgaande volgt dat de stelling dat het in strijd met art. 8 EVRM verkregen bewijs niet mag worden gebruikt in het Nederlandse bestuursproces verdedigbaar is, maar dat de kans zeker aanwezig is dat de Nederlandse rechter, daarin gesteund door jurisprudentie van het EHRM, het materiaal toch zal toelaten. In het strafproces wordt overigens op een vergelijkbaar genuanceerde wijze omgegaan met onrechtmatig verkregen bewijs. Bewijsuitsluiting is daar eerder uitzondering dan regel.<sup>26</sup> Met het oog daarop zou in bestuurs- en strafrechtelijke procedures subsidiair kunnen worden aangevoerd dat de onrechtmatige bewijsverkrijging in ieder geval wel zou moeten leiden tot matiging van de opgelegde sanctie.

Waar het betreft de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het communautaire recht volgt uit de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof

18. Vgl. bijvoorbeeld EHRM 12 mei 2000, Kahn/Verenigd Koninkrijk, RJD 2000, NJCM-Bulletin 2000, p. 1255 e.v. en EHRM 25 september 2001, P.G. en J.H./Verenigd Koninkrijk, RJD 2001.

19. Zie daarover M.W.C. Feteris, *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces*, Deventer: Kluwer 2002, p. 358-360 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

20. Bijv. EHRM 26 maart 1996, Doorson/Nederland, RJD 1996, NJ 1996, 741 m.nt. Kn, NJ-CM-Bulletin 1996, p. 572 e.v. m.nt. EM.

21. Zie daarover in kritische zin, met name waar het gaat om het opleggen van punitieve

sancties, M.D.C. Embregts, *Een onrechtmatige daad in het strafrecht en in het bestuursrecht*, NTB 1999, p. 1-9. Kritisch is ook H.J. Simon, 'Bewijzen in het bestuursrecht', *JB Plus* 1999, p. 25-39. Zie ook – zij het gematigder – het commentaar van M. Schreuder-Vlasblom, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht, Ontwikkelingen na de inwerkingtreding van de Awb*, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Dongen: Pijnenburg Uitgeverij 1998, p. 23-24. Een uitgebreide behandeling is te vinden bij A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 192 e.v.

22. CRvB 30 januari 1996, *JABW* 1996, 62;

HR 1 juli 1992, NJ 1994, 621 m.nt. MS. Zie voor het strafrecht ook HR 22 maart 1994, NJ 1994, 512 en – in vervolg daarop – HR 23 april 1996, NJ 1997, 370.

23. Dekker, a.w., p. 305-306.

24. Recent ABRvS 4 februari 2000, AB 2000, 242 m.nt. LD. Zie ook ARRvS 21 juli 1983, AB 1984, 223 m.nt. JHvdV; ARRvS 21 januari 1988, AB 1989, 36 m.nt. Simon.

25. Zie in deze zin bijv. Simon, a.w., 1999, p. 28-29 en in zijn noot onder ARRvS 21 januari 1988, AB 1989, 36. Zie ook Dekker, a.w., p. 306.

26. Vgl. bijv. G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 653-661.

van Justitie van de EG geen scherp beeld. Duidelijk blijkt wel dat de Europese rechters onrechtmatig verkregen bewijs buiten beschouwing kunnen laten.<sup>27</sup> Daarnaast blijkt uit deze jurisprudentie dat schendingen van fundamentele rechten c.q. algemene beginselen van gemeenschapsrecht in een procedure met betrekking tot een boete kunnen leiden tot matiging daarvan.<sup>28</sup>

## 5. Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat de *Colas*-uitspraak van het EHRM waarschijnlijk noopt tot verscherping van de waarborgen die gelden voor het betreden van bedrijfsruimten, zowel in het Nederlandse als in het communautaire recht, zij het dat daartoe in het gemeenschapsrecht niet direct een harde juridische verplichting bestaat. Daarbij gaat het om de toezicht- en de opsporingsfase. Invoe-

ring van het vereiste van een machtiging afgegeven door een onafhankelijke autoriteit ligt voor de hand evenals het verbeteren van de supervisie tijdens het onderzoek. Daarbij zou kunnen worden aangesloten bij de regeling die nu reeds geldt voor het betreden van woningen van particulieren. Aan deze consequentie van de uitspraak lijkt alleen te kunnen worden ontkomen, indien en voorzover kan worden aangetoond dat het invoeren van dergelijke waarborgen de effectiviteit van het onderzoek zou frustreren, dan wel wanneer uit latere rechtspraak van het EHRM zou blijken dat de beschermende werking van art. 8 EVRM voor rechtspersonen slechts zou gelden in een zeer beperkt aantal bijzondere gevallen. Dat laatste lijkt echter, mede gelet op de niet erg bijzondere omstandigheden in de *Colas*-zaak, niet voor de hand te liggen. Waar het betreft de waarde van eventueel in strijd met art. 8 EVRM verkregen bewijsmateriaal, kan geen eenduidig beeld worden verkregen. Het is echter zeker geen uitgemaakte zaak dat dit zonder meer gebruikt zou mogen worden.

27. Zie bijv. HvJ EG, *Ludwigshafener Walzmühle* (197-200, 197-243, 197-245, 247/80), ECR 3245, 1981. Vgl. ook R. Barents, *Procedures en procesvoering voor het Hof van Justitie en het Gerecht van eer-*

*ste aanleg van de EG*, Deventer: Kluwer 2002, p. 471 e.v.

28. HvJ EG, *Baustahlgewebe* (C-185/95-P), 1998.