



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Legaliteit van onderzoeksbevoegdheden in het bestuursstrafrecht**

Crijns, J.H.; Emmerik, M.L. van; Vorm, B. van der

### **Citation**

Crijns, J. H., & Emmerik, M. L. van. (2024). Legaliteit van onderzoeksbevoegdheden in het bestuursstrafrecht. In B. van der Vorm (Ed.), *Bestuursstrafrechtspleging* (pp. 231-249). Den Haag: Boom juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4106821>

Version: Publisher's Version  
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)  
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4106821>

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

## 13      **LEGALITEIT VAN ONDERZOEKSBEVOEGDHEDEN**

### **IN HET BESTUURSSTRAFRECHT**

*J.H. Crijns en M.L. van Emmerik\**

#### **13.1    INLEIDING**

Zowel in het bestuursrecht als in het strafrecht worden soms tamelijk ingrijpende onderzoeksbevoegdheden gebruikt die – bij het ontbreken van een expliciete wettelijke grondslag – alleen kunnen worden gebaseerd op vrij algemene wettelijke bevoegdheden, zoals artikel 3 Politiewet 2012 en de toezichtsbevoegdheden in titel 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).<sup>1</sup> In deze bijdrage onderzoeken wij hoe hiermee in beide rechtsgebieden in zijn algemeenheid wordt omgegaan, wat hierover meer specifiek ten aanzien van het bestuursstrafrecht kan worden gezegd en welke overeenkomsten en verschillen tussen het bestuursrecht en het strafrecht daarbij in het oog springen.

Daarbij ontstaat al gelijk een kwestie van definitie ten aanzien van het bestuursstrafrecht. Zoals de initiator van deze bundel Benny van der Vorm in zijn inleidende bijdrage aangeeft, wordt het (van oorsprong ‘Rotterdamse’) ‘bestuursstrafrecht’ kortweg gedefinieerd als bestraffende sancties die door bestuursorganen worden opgelegd.<sup>2</sup> Tegelijkertijd is er echter een ontwikkeling waarbij de term ‘bestuursstrafrecht’ in ruimere zin wordt begrepen, dat wil zeggen dat bestuurlijke herstelsancties (denk bijvoorbeeld aan de last onder bestuursdwang of de last onder dwangsom) er ook onder kunnen worden begrepen, terwijl in die gevallen het bestraffende karakter ontbreekt.<sup>3</sup> Dit moet worden begrepen tegen de achtergrond van een bredere ontwikkeling van de laatste tijd, waarin het bestraffende

---

\* Prof. mr. Jan Crijns is hoogleraar Straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden en raadsheer-plaatsvervanger (sector strafrecht) in het gerechtshof Den Haag. Mr. dr. Michiel van Emmerik is universitair hoofddocent Staatsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en rechter-plaatsvervanger (afdeling bestuursrecht) in de rechtbank Midden-Nederland.

1 Of überhaupt op een onduidelijke grondslag. Zo volgde het UWV jarenlang uitkeringsgerechtigden op basis van cookies (in het bijzonder ook als zij vanuit het buitenland inlogden). Zie ‘UWV volgde uitkeringsgerechtigden veel langer dan gedacht’, NOS.nl 26 juli 2023.

2 Zie hoofdstuk 1 (Van der Vorm). Zie ook A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1998, p. 73-74. Vgl. ook H. de Doelder & L.J.J. Rogier (red.), *Opstellen over bestuursstrafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

3 Van der Vorm wijst erop dat Hartmann en Sackers in hun rubriek ‘Bestuursstrafrecht’ in *DD* doorgaans ook niet-punitieve sancties of maatregelen behandelen. Vgl. A.P.W. Duijkersloot & W. Zorg, ‘De last onder dwangsom nieuwe stijl: een bestraffende sanctie’, *TBS&H* 2021/2, p. 101-112.

en reparatoire bestuursrecht verder naar elkaar toegroeien en het strikte onderscheid op basis van het *criminal charge*-karakter (art. 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)) in ieder geval voor wat betreft de gevolgen daarvan in termen van toetsingsintensiteit van de betrokken maatregel, vervaagt.<sup>4</sup> Dit wordt onder meer geïllustreerd door de conclusie van A-G's Wattel en Widdershoven van 7 juli 2021 en de evenredigheidsuitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) van 2 februari 2022.<sup>5</sup>

Voor de volheid van de rechterlijke toetsing zijn onder meer relevant de ingrijpendheid van de betrokken maatregelen en de mate waarin zij inbreuk op grondrechten maken. Bij ingrijpende reparatoire sancties worden strenge eisen aan de vaststelling van de feiten gesteld. Toch denken wij dat de thematiek van de ingrijpende onderzoeksbevoegdheden vooralsnog in het bijzonder speelt op het terrein van het bestraffende bestuursrecht. Tegelijkertijd valt niet uit te sluiten dat de discussie over onderzoeksbevoegdheden ook een grotere rol gaan spelen in het reparatoire bestuursrecht (bijvoorbeeld digitale onderzoeksmethoden om aan te tonen dat sprake is van een drugspand of in geval van stelselmatige observatie om te bezien of bewoners in strijd met het bestemmingsplan permanent op een recreatiepark wonen). Voor onder meer de sluiting van een drugspand dienen mogelijk ook bijzondere wettelijke onderzoeksbevoegdheden te worden gecreëerd. In onze bijdrage concentreren wij ons derhalve op het bestraffende bestuursrecht, maar houden wij de ogen open voor de mogelijke betekenis van onze bevindingen voor het reparatoire bestuursrecht.

Deze bijdrage richt zich op de inzet van onderzoeksbevoegdheden in het strafrecht en in het bestuursrecht, alsmede het grensvlak daartussen. Meer specifiek gaan wij in op de vraag of en in hoeverre deze bevoegdheden een (expliciete) wettelijke grondslag behoeven. Voor wat betreft het strafrecht hebben we het dan over de opsporingsbevoegdheden (die doorgaans voor wat betreft hun inzet zijn gebonden aan het bestaan van een verdenking), desgewenst nader te onderscheiden in dwangmiddelen en bijzondere opsporingsbevoegdheden. Voor wat betreft het bestuursrecht gaat het dan om enerzijds de algemene toezichtsbevoegdheden van titel 5.2 Awb of een van de bijzondere wetten, en anderzijds om de meer specifieke onderzoeksbevoegdheden, die steeds hun grondslag vinden in een van de bijzondere bestuursrechtelijke wetten. In het bestuursrecht bestaat echter geen strikte scheiding van toezichts- en onderzoeksbevoegdheden, nu vastgesteld kan worden

<sup>4</sup> Zie ook hoofdstuk 10 (Duijkersloot en De Vries).

<sup>5</sup> Zie resp. conclusie A-G R.J.G.M. Widdershoven en P.J. Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, NTFR 2021/2588, m.nt. W.E. Nent-Vroomen en ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022: 285; AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten.

dat titel 5.2 Awb met diverse (lichte) toezichtsbevoegdheden voor toezichthouders in de praktijk ook wel wordt gebruikt om meer ingrijpende middelen op te baseren.<sup>6</sup> De oorspronkelijke bedoeling van de Awb-wetgever met deze titel was om (bij de wet aangewezen) toezichthouders enkele lichte toezichtsbevoegdheden toe te kennen. Het gaat hier vooral om feitelijke handelingen ter voorbereiding van de eventuele oplegging van een bestuurlijke sanctie. Voor de meer ingrijpende toepassing van deze bevoegdheden zou moeten worden voldaan aan de beperkingsvoorwaarden van artikel 8 lid 2 EVRM, nu hiermee een inbreuk wordt gemaakt op het in het eerste lid gegarandeerde recht op privé-leven. De jurisprudentie laat inmiddels zien dat de inzet van diverse min of meer ingrijpende onderzoeksmethoden niettemin geregeld op een van de algemene bevoegdheden binnen deze afdeling (dan wel een algemene toezichtsbevoegdheid in een bijzondere wet) wordt gebaseerd. Daarnaast zijn er echter voorbeelden waarin de rechter van oordeel is (zoals bij stelselmatige observatie en de inzet van gps-trackers) dat deze grondslag daarvoor te algemeen wordt bevonden en dat vanwege het ingrijpende karakter van het middel een meer specifieke wettelijke grondslag in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM wordt vereist.<sup>7</sup>

Dit roept al met al de vraag op of en in hoeverre meer ingrijpende onderzoeksmethoden in het bestuursrecht al dan niet op algemene wettelijke grondslagen kunnen worden gebaseerd, dan wel enkel kunnen worden ingezet wanneer de wetgever daarvoor een specifieke wettelijke grondslag heeft gecreëerd. Nu dit vraagstuk de afgelopen twee decennia ook nadrukkelijk in het strafrecht heeft gespeeld, is het interessant om te bezien of in beide rechtsgebieden op vergelijkbare wijze met deze kwestie wordt omgegaan. Aan het slot van deze bijdrage proberen wij vervolgens de vraag te beantwoorden hoe de geconstateerde overeenkomsten en verschillen tussen het strafrecht en het bestuursrecht waar het gaat om onderzoeksbevoegdheden moeten worden gewaardeerd, welke vraag wij in het bijzonder vanuit het perspectief van legaliteit en individuele rechtsbescherming zullen beantwoorden.

In het navolgende spreken we omwille van de helderheid ten aanzien van het strafrecht zo veel mogelijk van (bijzondere) opsporingsbevoegdheden en ten aanzien van het bestuursrecht van (algemene of bijzondere) toezichtsbevoegdheden. De term onderzoeksbevoegdheden wordt dan gereserveerd als verzamelterm voor de verschillende bevoegdheden tezamen.

6    Zie nader O.J.D.M.L. Jansen, 'Koudwatervrees in een bananenkoninkrijk? Over de toekomstbestendigheid van titel 5.2 Awb', *JBplus* 2017/0; M.W. Venderbos, 'Normering van bestuurlijk toezichts- en controleonderzoek', *JBplus* 2019/1.

7    Vgl. Jansen 2017; Venderbos 2019.

### 13.2 LEGALITEITSBEGINSEL

Een van de pijlers van de democratische rechtsstaat vormt het legaliteitsbeginsel. Op grond van dit beginsel dient op zijn minst het belastende overheidsoptreden op de (Grond-)wet zijn terug te voeren. De gedachte is dan dat deze maatregelen over de band van de volksvertegenwoordiging (als onderdeel van de wetgever in formele zin) democratisch gelegitimeerd zijn.<sup>8</sup> Inmiddels staat vast dat ook andere maatregelen van de overheid – zelfs als het gaat om op het eerste gezicht alleen maar begunstigende maatregelen – juist ook vanwege deze gewenste inbreng van de volksvertegenwoordiging een (specifieke) wettelijke basis behoeven.<sup>9</sup>

Het legaliteitsbeginsel en de wijze waarop gelegitimeerd inbreuk op grondrechten kan worden gemaakt, zijn in verschillende internationale en nationale verdragen en wetten verankerd. We bespreken ze in het navolgende kort. Ten eerste kan worden gewezen op het EVRM. De beperkingssystematiek van artikelen 8 tot en met 11 EVRM volgt de bekende drietrapsraket: (1) Is de beperking bij wet voorzien? Het gaat hier om de eisen van toegankelijkheid (gaat het om een kenbare regel?) en voorzienbaarheid (kon de justitiabele op basis van de in het geding zijnde regel redelijkerwijze voorzien wat de reactie zou zijn op zijn gedrag?).<sup>10</sup> (2) De noodzakelijkheid in een democratische samenleving: bestaat er een evenredige afweging tussen het algemene belang en het in het geding zijnde individuele belang (proportionaliteit)? (3) Is sprake van een van de in lid 2 genoemde doelcriteria (zoals de voorkoming van wanordelijkheden of de bescherming van de rechten van anderen)?<sup>11</sup> Voorts kan voor wat betreft het Europese niveau worden gewezen op het Handvest van de grondrechten van de EU. Dat kent een vergelijkbare beperkingssystematiek als het EVRM, zij het dat er één algemene beperkingsclausule is opgenomen voor alle verschillende grondrechten.<sup>12</sup>

Op nationaal niveau begint het vraagstuk bij de Grondwet (Gw). Als het gaat om beperking van grondrechten kent de Grondwet sinds 1983 een systeem van bijzondere beper-

8 Zie o.a. F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en materiële wetsbegrip* (diss. VU Amsterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1996. Zie voorts diverse staatsrechtelijke handboeken.

9 HR 22 juni 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD2208, *AB Klassiek* 2022/4, m.nt. F.J. van Ommeren.

10 EHRM 26 april 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC6568, *NJ* 1980/146, m.nt. E.A. Alkema (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*).

11 Zie de nog steeds klassieke en kristalheldere bijdrage van Th.L. Bellekom. 'Het Hof voor de Rechten van de Mens en de beperkingsclausules van het EVRM', in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek & J. van der Velde (red.), *40 jaar EVRM*, Leiden: NJCM 1990, p. 59-74.

12 Zie T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het nationale bestuursrecht. De betekenis van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 50-51 met nadere verwijzingen.

kingen dat vooral is vormgegeven volgens de zogenoemde competentiecriteria: de vraag staat dan centraal welke regelgever beperkingen mag stellen aan de uitoefening van een grondrecht.<sup>13</sup> Als er alleen staat ‘bij de wet’ is bij uitsluiting de formele wetgever bevoegd om beperkingen te stellen. Staat er ‘bij of krachtens de wet’ of ‘de wet stelt regels’, dan is delegatie toegestaan en kan de formele wetgever bijvoorbeeld de gemeenteraad machtigen om bij verordening een beperking te stellen.<sup>14</sup> Er bestaan echter plannen om de beperkingssystematiek aan te passen met het oog op de door het – gevallen – kabinet-Rutte IV aangekondigde wijziging van het toetsingsverbod van artikel 120 Gw.<sup>15</sup>

Voorts is het legaliteitsbeginsel voor wat betreft het strafprocesrecht terug te vinden in het Wetboek van Strafvordering (Sv). Artikel 1 Sv bepaalt dat strafvordering alleen plaatsheeft op de wijze bij de wet voorzien. Hierbij moet ‘de wet’ worden begrepen als een wet in formele zin, wat betekent dat decentrale overheden zoals provincies en gemeentes zich niet mogen inlaten met strafvorderlijke regelgeving.<sup>16</sup> Wel laat deze formulering ruimte om – ondanks de codificatiegedachte van artikel 107 Gw – ook strafvordering voor een deel in bijzondere wetten te regelen, hetgeen ook is gebeurd. Zo bevatten onder andere de Wegenverkeerswet 1994, de Wet op de economische delicten (WED), de Opiumwet en de Wet wapens en munitie (WWM) naast de nodige strafbepalingen ook een aantal bijzondere strafvorderlijke regels, die doorgaans voor de betreffende context een aanvulling of uitzondering op de algemene regeling van strafvordering in het Wetboek van Strafvordering behelzen. Dit is met name voor de onderhavige thematiek van onderzoeksbevoegdheden niet onbelangrijk, nu het in de genoemde bijzondere wetten niet zelden gaat om een uitbreiding van opsporingsbevoegdheden ten opzichte van het algemene wetboek. Zo bevat bijvoorbeeld artikel 49 WWM een regeling voor het doorzoeken ter inbeslagneming van plaatsen ingeval daar redelijkerwijze de aanwezigheid van wapens en/of munitie vermoed kan worden die ten opzichte van de algemene regeling in artikelen 96c e.v. Sv minder zware eisen stelt alvorens tot inzet van de doorzoeking kan worden overgegaan.

Voor het bestuursrechtelijke handhavingsrecht is het legaliteitsbeginsel vastgelegd in artikel 5:4 lid 1 Awb: ‘De bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie bestaat slecht voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend.’ Dit betekent dus dat ook de

13 Vgl. M.C. Burkens, *Beperking van grondrechten*, Deventer: Kluwer 1971; M.C. Burkens, ‘Algemene en bijzondere beperkingen van grondrechten’, *NJB* 1979, p. 96.

14 Daarvoor is dan nog wel een specifieke formeel wettelijke delegatiegrondslag nodig, vgl. ABRvS 28 november 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AH6164, AB 1996/204, m.nt. L.J.J. Rogier (Drugspand Venlo).

15 *Kamerstukken II* 2022/23, 35786, nr. 8.

16 Vgl. ook het aloude arrest HR 12 april 1897, W 6954 (Muilkorf). Dit is anders voor wat betreft het materiële strafrecht, zo mogen decentrale overheden wel – zij het binnen zekere grenzen – strafbepalingen in het leven roepen. Zie o.a. art. 1 Sr en art. 154 Gemw. Daarnaast kunnen zij bij verordening overtreding van voorschriften uit bepaalde verordeningen bestuurlijk beboeten op grond van art. 154b Gemw.

bestuurlijke herstelsanctie een wettelijke grondslag behoeft. Voor bestraffende (bestuurlijke) sancties volgt dit reeds uit artikel 7 EVRM en artikel 14 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en – in mindere mate – uit artikel 89 lid 2 Gw. Titel 5.2 Awb biedt vervolgens diverse algemene bevoegdheden aan toezichthouders, waarover later meer. Toezichthouders worden bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht (art. 5:11 Awb). Krachtens wettelijk voorschrift of bij besluit van het bestuursorgaan dat de toezichthouder als zodanig aanwijst kunnen de aan de toezichthouder toekomende bevoegdheden worden beperkt (art. 5:14 Awb). Uitbreiding van de bevoegdheden van de toezichthouder is alleen mogelijk door de formele wetgever. Een belangrijke begrenzing van de uitoefening van bevoegdheden door de toezichthouder vormt artikel 5:13 Awb: ‘Een toezichthouder maakt van zijn bevoegdheden slechts gebruik voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.’ De Awb-wetgever achtte dit destijds een voldoende begrenzing voor de inzet van de relatief lichte toezichtsbevoegdheden die in 1998 in titel 5.2 zijn opgenomen.<sup>17</sup>

### 13.3 WETTELIJKE GRONDSLAG EN ONDERZOEKSBEVOEGDHEDEN IN HET STRAF- PROCESRECHT

Opsporingsonderzoek maakt al snel inbreuk op grondrechten van burgers, waarbij met name het eigendomsrecht (art. 1 Eerste Protocol EVRM), het recht op vrijheid (art. 5 EVRM) en het recht op privacy (art. 8 EVRM) in het geding komen.<sup>18</sup> Inbreuken op deze rechten zijn, zoals we hiervoor hebben gezien, onder omstandigheden toelaatbaar, maar zijn wel gebonden aan een aantal voorwaarden, waarvan het bestaan van een wettelijke grondslag voor het maken van een dergelijke inbreuk er een is. Dat betekent dat ook de inzet van opsporingsbevoegdheden – indien en voor zover deze inbreuk maakt op grondrechten van burgers – gebonden is aan het bestaan van een wettelijke grondslag.<sup>19</sup> Dit vereiste kan, zoals we hiervoor ook al hebben gezien, ook reeds worden afgeleid uit het hiervoor kort besproken strafvorderlijk legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sv, dat voorschrijft dat strafvordering – en dus ook opsporing – alleen plaatsheeft op de wijze bij de wet voorzien. Daarmee is echter nog niets gezegd over de vraag hoe specifiek deze wettelijke grondslag moet zijn, hetgeen de nodige ruimte biedt voor het aanbrengen van differentia-

17 Vgl. Jansen 2017; Venderbos 2019. Zie voorts par. 13.4.

18 Deze paragraaf is deels gebaseerd op J.H. Crijns, ‘Opsporing’, in: J.H. Crijns, E.R. Muller & R. Robroek, *Openbaar Ministerie. Organisatie en functioneren van het Openbaar Ministerie in Nederland*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 7.3.1.

19 In geval van inbreuken op art. 8 EVRM neemt het EHRM onder omstandigheden ook genoegen met een grondslag in bestendige jurisprudentie (zie o.a. EHRM 24 april 1990, ECLI:NL:XX:1990:AD5851, *NJ* 1991/523, m.nt. E.J. Dommering (*Kruslin & Huvig t. Frankrijk*)). Gelet op het legaliteitsbeginsel van art. 1 Sv heeft deze relativering voor het Nederlandse strafprocesrecht minder relevantie.

tie. Sinds het *Zwolsman*-arrest<sup>20</sup> is het staande jurisprudentie en inmiddels ook uitgangspunt van de wetgever dat alleen opsporingsbevoegdheden die een ernstige of stelselmatige inbreuk op grondrechten van burgers maken en/of een risico voor de integriteit en de beheersbaarheid van de opsporing vormen, een expliciete wettelijke grondslag behoeven.<sup>21</sup> Voor vele vergaande opsporingsbevoegdheden biedt het Wetboek van Strafvordering dan ook een expliciete wettelijke grondslag, waarbij niet alleen kan worden gedacht aan de klassieke dwangmiddelen die van oudsher in het wetboek zijn geregeld, maar ook aan de bijzondere opsporingsbevoegdheden van artikelen 126g e.v. Sv die sinds 2000 een expliciete wettelijke basis kennen.<sup>22</sup> Hierbij geldt de algemene systematiek dat hoe meer de betreffende bevoegdheid inbreuk op grondrechten van burgers maakt, hoe zwaarder de toepassingsvoorwaarden voor de inzet daarvan zijn.

Voor bevoegdheden die daarentegen geen of slechts een geringe inbreuk op grondrechten van burgers maken en ook geen risico voor de integriteit van de opsporing vormen, volstaat een zogenoemde impliciete wettelijke grondslag, die doorgaans wordt gevonden in de taakstelling van de politie zoals die is vervat in artikel 3 Politiewet 2012 en/of de algemene opsporingstaak in artikel 141 Sv.<sup>23</sup> Deze – enigszins relativerende – omgang met het legaliteitsbeginsel maakt dat binnen de opsporing tot op zekere hoogte kan worden geëxperimenteerd met de inzet van nieuwe opsporingsmethoden, indien en zolang daarmee geen ernstige of stelselmatige inbreuken op grondrechten van burgers wordt gemaakt en/of geen bijzondere risico's voor de integriteit van de opsporing in het leven worden geroepen. Enkele voorbeelden van door de rechter langs deze weg gefiatteerde methoden zijn de inzet van de warmtebeeldcamera,<sup>24</sup> de IMSI-catcher en de stille sms, steeds indien en voor zover deze niet zodanig intensief worden ingezet dat daarmee een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van het privéleven in kaart worden gebracht. Ook het onderzoek in publiek toegankelijke bronnen (*open source intelligence*) is – ondanks het ontbreken van een daarop toegesneden wettelijke grondslag – in de jurisprudentie geregeld rechtmatig geacht;<sup>25</sup> niettemin krijgt dat type onderzoek in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering veiligheidshalve een expliciete wettelijke grondslag voor zover het gaat om de stelselmatige inzet daarvan, nu daarmee toch vrij gemakkelijk ook

20 HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, NJ 1996/249, m.nt. T.M. Schalken (Zwolsman).

21 Vgl. ook hetgeen hierover in de memorie van toelichting bij het voorstel voor het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt gezegd, *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 3, p. 330-332.

22 Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden van 27 mei 1999, *Stb.* 1999, 245 (in werking getreden op 1 februari 2000).

23 Zie o.a. HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1563, NJ 2015/114, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen (Stille sms); HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1562, NJ 2015/115, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen (IMSI-catcher).

24 HR 20 januari 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BF5603, NJ 2009/225, m.nt. M.J. Borgers.

25 Gerechtshof Den Haag 15 november 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AF0684, NJ 2003/23.

een meer ingrijpende inbreuk op het privéleven van de burger kan worden gemaakt, zeker wanneer daarbij gebruik wordt gemaakt van geavanceerde technische hulpmiddelen.<sup>26</sup>

Deze voorbeelden zijn alle met name terug te voeren op het eerste aspect van het criterium, die het mogelijk maakt methoden die slechts een lichte of niet-stelselmatige inbreuk op grondrechten maken, op een impliciete wettelijke grondslag te baseren. De voorbeelden die samenhangen met het tweede aspect van het criterium – methoden die al dan niet een bijzonder risico voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing opleveren – zijn minder talrijk, al moet het criterium van de Hoge Raad dus zo worden gelezen dat ook dit aspect ervoor kan zorgen dat bepaalde methoden een expliciete wettelijke grondslag behoeven (ongeacht of zij daarnaast ook een ernstige en/of stelselmatige inbreuk op grondrechten maken). Tegen die achtergrond moet mede de wettelijke regeling van toezeggingen aan getuigen worden begrepen (art. 226g e.v. Sv): weliswaar roept dit instrument geen noemenswaardige vragen op waar het gaat om inbreuken op grondrechten – zeker niet waar het artikel 8 EVRM betreft –, maar het kan wel de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing (of het strafproces in den brede) onder druk zetten. Het verleden voorafgaand aan de inwerkingtreding van de wettelijke regeling van toezeggingen aan getuigen leerde immers dat ontsparing in de vorm van al te vergaande deals op de loer ligt.<sup>27</sup> Tegelijkertijd is het niet zo dat elk risico op het onder druk zetten van de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing een drempel opwerpt voor het inzetten van bepaalde onderzoeksmethoden op basis van een impliciete wettelijke grondslag. De Hoge Raad heeft bijvoorbeeld het gebruik van de ruisstrategie – waarbij verdachten tijdens hun verhoor bewust valse informatie te horen krijgen in de hoop hun met behulp daarvan (alsnog) verklaringen te ontlokken – gefiatteerd, waarbij de grondslag voor deze (milde) vorm van misleiding kan worden teruggevoerd op de algemene politietaak van artikel 3 Politiewet 2012.<sup>28</sup>

Belangrijke voordelen van de besproken interpretatie van het legaliteitsbeginsel – waarbij wordt onderscheiden tussen impliciete en expliciete wettelijke grondslagen – zijn dat het de opsporing de nodige armslag en flexibiliteit geeft in het uitdenken en toepassen van methodieken, en de wetgever de nodige tijd en ruimte geeft alvorens hij hoeft te reageren op actuele ontwikkelingen in de opsporingspraktijk, dan wel daarop steeds hoeft te anticiperen. De keerzijde van deze werkwijze is echter een zeker verlies aan individuele rechtsbescherming voor de (verdachte) burger en de nodige rechtsonzekerheid over de recht-

26 Art. 2.8.8 (nieuw) Sv. Zie hierover *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr. 3, p. 677-687.

27 Vgl. de bevindingen van de commissie-Van Traa in het kader van de parlementaire enquête naar opsporingsmethoden naar aanleiding van de IRT-affaire in de jaren negentig van de vorige eeuw. Zie *Parlementaire enquêtecommissie opsporingsmethoden, Inzake opsporing*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1996.

28 HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:18, *NJ 2022/3*, m.nt. J.H. Crijns.

matigheid van dergelijke methoden, totdat de (hoogste) rechter in de gelegenheid is geweest daarover een knoop door te hakken.<sup>29</sup> Zolang de grenzen van deze werkwijze niet al te ver worden opgerekt, lijkt ze evenwel een aardig evenwicht in de betrokken belangen te kunnen bewerkstelligen.

#### 13.4    **WETTELIJKE GRONDSLAG EN ONDERZOEKSBEVOEGDHEDEN IN HET BESTUURSRECHT**

Zoals hiervoor aangegeven, introduceerde de Awb-wetgever in 1998 in de zogenoemde Derde tranche titel 5.2 met algemene toezichtsbevoegdheden voor toezichthouders. Het was – een van de hoofddoelstellingen van het Awb-traject indachtig – in belangrijke mate ook een harmonisatie van de toezichtsbevoegdheden die her en der in diverse bijzondere wetten waren verankerd.<sup>30</sup> De wetgever stapte echter af van het eerdere voornemen om de bevoegdheden van toezichthouders en opsporingsambtenaren te regelen in één wet, een Algemene wet toezicht en opsporing. Gezien de belangrijke verschillen tussen toezicht en opsporing – onder meer in relatie tot het verdenkingsvereiste en de rechtspositie van de burger jegens wie de betreffende bevoegdheid wordt ingezet – lag het toch minder voor de hand deze onderwerpen in één algemene ‘handhavingswet’ te regelen. De opsporingsbevoegdheden worden daarom zo veel mogelijk geregeld in het Wetboek van Strafvordering en de WED, terwijl de bevoegdheden in het kader van toezicht zo veel mogelijk algemeen worden geregeld in de Awb.<sup>31</sup>

Verder beoogde de wetgever een relatief licht arsenaal van toezichtsbevoegdheden in de Awb op te nemen (het betrof bevoegdheden die daarvoor al veelvuldig in bijzondere wetten waren opgenomen), waarbij de belangrijkste begrenzing – als gezegd – was gelegen in

29 De recent geïntroduceerde mogelijkheid voor de feitenrechter om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen (art. 553 e.v. Sv) zou deze periode van rechtsonzekerheid overigens aanzienlijk kunnen verkorten, nu hiermee een mogelijkheid wordt geboden eerder een oordeel van de Hoge Raad over de rechtmatigheid van een bepaalde opsporingsmethode uit te lokken.

30 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 4.

31 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 136. Vgl. ook O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek. Behoren het handhavingstoezicht, het boeteonderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd? Een interne rechtsvergelijking*. (diss. UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 13. Dit neemt niet weg dat de fasen van toezicht en opsporing in de praktijk lang niet altijd gemakkelijk zijn te onderscheiden en voor een deel ook parallel kunnen lopen, bijvoorbeeld in het geval toezichtsbevoegdheden worden ingezet gedurende het opsporingsonderzoek. Daarnaast wordt in de handhavingspraktijk de fase van toezicht natuurlijk geregeld gevolgd door een fase van opsporing. Zie o.a. M.J. Borgers & T. Kooijmans, ‘De onderzoeksfase: toezicht, controle en opsporing’, in: F.G.H. Kristen e.a., *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 567-608. Vgl. D.V.A. Brouwer, ‘Opsporing in bijzondere wetten’, in: *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland – Preadviezen 2023*, Boom juridisch: Antwerpen – Den Haag 2023, p. 295-332.

het redelijkheidsvereiste uit artikel 5:13 Awb. De regering overwoog in de memorie van toelichting:

‘Gestreefd is naar de totstandbrenging van een afgewogen samenstel van bevoegdheden die voor een goede uitoefening van toezicht noodzakelijk zijn en tegelijkertijd de vrije rechtssfeer van burgers zoveel mogelijk respecteren.’<sup>32</sup>

Mocht er behoefte zijn aan meer vergaande bevoegdheden, zoals de bevoegdheid om kasten, laden en andere bergplaatsen te openen, dan kon daarvoor een speciale regeling worden getroffen in een bijzondere wet. Daar moesten dan vanzelfsprekend wel zwaarwegende redenen voor zijn, zo gaf de regering aan in de memorie van toelichting.<sup>33</sup> Venderbos leest de wetsgeschiedenis – geschreven aan het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw – aldus dat meer ingrijpende middelen, zoals de doorzoeking van woningen en de inkijkoperatie, bevoegdheden zijn die alleen passen bij de opsporing van strafbare feiten en in beginsel niet in het (algemene) bestuursrecht thuishoren. De werkelijk ingrijpende bevoegdheden zijn door de wetgever destijds derhalve niet onder het bereik van de toezichtstitel gebracht. Deze zeer ingrijpende middelen worden in deze benadering gezien als het exclusieve domein van het strafrecht.<sup>34</sup> Daarbij geldt – zoals gezegd – dat er voor meer ingrijpende bevoegdheden wel ruimte kan zijn binnen een bijzondere tak van het bestuursrecht, maar dat het in het leven roepen van een dergelijke bevoegdheid dan wel een zwaarwegende motivering van de (bijzondere) bestuurswetgever vergt.<sup>35</sup>

Deze benadering van de wetgever is anno 2024 volstrekt achterhaald. Zo kan worden verwezen naar de introductie van de mogelijkheid van pseudokoop voor de Autoriteit Consument en Markt, een toch bij uitstek strafrechtelijke onderzoeksbevoegdheid en de inzet van zogenoemde *mystery guests*.<sup>36</sup> Blomberg constateerde reeds in 2004 in haar VAR-preadvies dat titel 5.2 uit zijn jasje is gegroeid en op onderdelen door de meer ingrijpende (toepassing van) bevoegdheden vraagt om een vorm van rechterlijke toetsing vooraf.<sup>37</sup> Deze

32 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 137.

33 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 137. Vgl. ook *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, nr. 5, p. 82.

34 Venderbos 2019; vgl. *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 137; *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, nr. 5, p. 50 en 82.

35 Zie bijv. de bevoegdheid tot doorzoeken in het kader van de uitvoering van het EU-mededingingsrecht, *Kamerstukken II* 1995/96, 24617, nr. 3, p. 8-9.

36 De mogelijkheid van de inzet van pseudokopers door de ACM is ingevoerd in art. 2.2a van de Wet handhaving consumentenbescherming bij Wet van 5 februari 2020, *Stb.* 2020, 64 (in werking getreden op 19 februari 2020). Zie voorts ABRvS 23 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:195, *JIN* 2019/113, met een terecht kritische noot van H.J.B. Sackers over de inzet van een anonieme getuige (een zogenoemde *mystery guest*) bij de controle op het schenken van alcohol aan minderjarigen bij een voetbalclub.

37 A.B. Blomberg, ‘Handhaven binnen EVRM-grenzen’, in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (preadviezen VAR 2004, VAR-reeks 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 115-

constatering is sindsdien alleen nog maar urgenter geworden, zeker ook gezien de onstui-  
mige digitale ontwikkelingen.<sup>38</sup>

Artikel 5:15 Awb bevat een regeling voor het betreden van plaatsen, waarbij geldt dat voor het betreden van woningen toestemming is vereist. Daarbij geldt wel dat in bijzondere wetgeving bepaald kan zijn dat geen toestemming is vereist, maar dat deze kan worden vervangen door voorafgaand verlof door de rechter-commissaris.<sup>39</sup> Artikel 5:16 Awb betreft het vorderen van inlichtingen en artikel 5:17 Awb ziet op het recht tot inzage in zakelijke bescheiden en het maken van kopieën. Artikel 5:18 Awb geeft de bevoegdheid tot het nemen van monsters en artikel 5:19 Awb tot het onderzoeken van vervoermiddelen. Artikel 5:20 Awb bevat de verplichting voor eenieder om aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Deze medewerkingsplicht kan blijkens het derde lid zelfs worden afgedwongen met de oplegging van een last onder dwangsom.<sup>40</sup>

Hierna volgt een korte analyse van bestuursrechtelijke jurisprudentie waarin de kernvraag is of de door het bestuur in het kader van toezicht en handhaving gebruikte methoden kunnen worden gebaseerd op algemene wettelijke bevoegdheden of dat vanwege de ingrijpendheid ervan een specifieke wettelijk bevoegdheid vereist is. Daarbij wordt mede inspiratie opgedaan uit het mooie overzichtsartikel van Venderbos en enkele AB-annotaties die de tweede auteur schreef samen met Tom Barkhuysen. Op basis daarvan kan globaal de volgende – niet uitputtende – indeling worden gemaakt van in te zetten middelen. De nadruk ligt op toezichts- en onderzoeksmethoden op het terrein van het sociaizekerheidsrecht,<sup>41</sup> maar daarnaast worden enkele voorbeelden op het gebied van het omgevingsrecht en het economische bestuursrecht genoemd, zoals gezegd zonder enige pretentie van volledigheid. Verder concentreren wij ons op de vraag of een voldoende wettelijke grondslag bestaat voor de inzet van een bepaald middel. Daarnaast zijn er diverse uitspraken waarin de vraag centraal staat of het gebruikte middel proportioneel en subsidiair is

191 (op p. 185-186). Vgl. R. Klein, S.M.C. Nuijten & X.M. Born, 'Controlebevoegdheden. Verslag van VAR-studiemiddag 25 juni 2015', *NTB* 2015/44.

38 Vgl. ook Jansen 2017; Venderbos 2019.

39 Zie art. 51 Mededingingswet, dat voorafgaand verlof van de rechter-commissaris van de rechtbank Rotterdam voor het betreden van woningen voorschrijft. Vgl. ook art. 34 Huisvestingswet 2014 ('De toezichthouder is bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, een woning binnen te treden zonder toestemming van de bewoner').

40 Zie uitgebreid over de bevoegdheden in titel 5.2. T.N. Sanders, *Handboek toezicht, handhaving en invordering*, Den Haag: Boom Juridisch 2022.

41 Zie ook hoofdstuk 8 (Tollenaar).

(de zogenoemde eis van ‘noodzakelijkheid in een democratische samenleving’ uit art. 8 lid 2 EVRM).

### *Observatie*

Van belang hierbij is de vraag of het gaat om *incidentele* dan wel *stelselmatige observatie*. In het verleden heeft de Centrale Raad van Beroep (CRvB) wel aangenomen dat incidentele observaties in het kader van de controle op de rechtmatige ontvangst van socialezekerheidsuitkeringen gebaseerd konden worden op algemene wettelijke toezichtsbevoegdheden.<sup>42</sup> In de loop van de jaren heeft de CRvB vaker geoordeeld dat vanwege de stelselmatische aard van de observaties sprake was van een ingrijpende inbreuk op de privacy in de zin van artikel 8 EVRM, waarvoor een meer specifieke (voorzienbare en toegankelijke) wettelijke grondslag vereist is.

In de zogenoemde *Peilbaken*-uitspraak is de CRvB vanwege de vergaande consequenties van het gebruik van een gps-tracker – het doen en laten van appellant met zijn bestelbus kon 24/7 worden gevolgd – van oordeel dat op grond van artikel 8 lid 2 EVRM een voldoende precieze wettelijke grondslag (voorzienbaar en toegankelijk voor betrokkene) met alle waarborgen van dien is vereist.<sup>43</sup> In een andere uitspraak ging het om het stelselmatig (gedurende zes opeenvolgende dagen) maken van opnamen met gebruikmaking van een camera, die heimelijk door de sociale recherche was opgesteld, van de toegang tot de werkplek van appellant met als doel de aanwezigheid van hem op die werkplek, alsmede zijn gedrag en de overige omstandigheden te observeren. Een en ander in het kader van een onderzoek naar de vraag of appellant op rechtmatige wijze een uitkering ontving op grond van de Wet werk en bijstand in verband met een vermoeden dat hij zwart zou werken bij een stomerij. Mede op basis van de vruchten van deze waarnemingen en incidentele waarnemingen van de handhavingsspecialist van de gemeente bij de woning van appellant en de stomerij heeft het college van B&W de bijstandsuitkering van appellant vervolgens ingetrokken. Ook in deze uitspraak was de CRvB van oordeel dat er vanwege de ingrijpendheid van de inbreuk op het privéleven op grond van artikel 8 lid 2 EVRM een meer specifieke wettelijke grondslag voor de observatie geboden was.<sup>44</sup>

42 Venderbos 2019, met nadere verwijzingen. Zie T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘De repressieve samenleving en het bestuursrecht: worstelend op zoek naar een betere balans tussen wetteloosheid en rechteloosheid’, in: T. Barkhuysen e.a., *De repressieve samenleving. Vanuit civiel-, bestuurs- en strafrechtelijk perspectief* (Preadviezen NJV), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 95-189, met nadere verwijzingen.

43 CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, AB 2016/329, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

44 CRvB 13 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3479, AB 2017/47, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik. Vgl. ook CRvB 15 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2807, AB 2018/103, m.nt. M.W. Venderbos.

In een andere zaak hebben toezichthouders in het kader van het toezicht op de naleving van het bestemmingsplan – in het bijzonder de regel van maximale bewoning van een woning op een recreatiepark – (stelselmatig) geobserveerd en foto's gemaakt. Volgens de ABRvS bood de algemene toezichtsbepaling van artikel 5 lid 1 onder a en b Wet algemene bepalingen omgevingsrecht hiervoor op zichzelf voldoende wettelijke grondslag.<sup>45</sup> Vanwege de stelselmatigheid van de observatie kan evenwel de vraag worden gesteld of er niet een meer specifieke grondslag vereist is.

In een meer recente zaak voldeed de stelselmatige observatie naar de rechtmatige verstrekking van een persoonsgebonden budget (pgb) niet aan de eisen van proportionaliteit uit artikel 8 lid 2 EVRM. Volgens de CRvB is niet inzichtelijk gemaakt waarom direct is gestart met heimelijke observaties en zijn de observaties te lang doorgegaan (maar liefst 85 heimelijke waarnemingen verspreid over 33 dagen). Volgens de CRvB kon artikel 2.3.9 lid 1 Wet maatschappelijke ondersteuning wel worden aangemerkt als een toereikende wettelijke grondslag in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM voor de inzet van de algemene onderzoeksbevoegdheden door het college van B&W.<sup>46</sup>

Tot slot kan in dit verband worden gewezen op een zaak van Tata Steel tegen de Omgevingsdienst Noordzeekanaalgebied en de provincie Noord-Holland over de door deze dienst geplaatste camera's rondom Tata Steel (teneinde de industriële processen en uitstoot te monitoren). De (civiele) voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland was van oordeel dat daarvoor in casu een voldoende wettelijke grondslag kon worden gevonden in artikel 5:18 Awb. Daarbij dient volgens de rechter niet te veel gekeken te worden naar de wetshistorie – veel van de thans gebruikte middelen waren bij de totstandkoming van deze bepalingen immers nog niet beschikbaar –, maar naar het doel en de strekking van titel 5.2. Daarbij speelt ook een rol dat het permanente cameratoezicht niet gericht was op personen. Dat maakt het volgens annotatoren Barkhuysen en Fernhout te billijken dat artikel 5:18 Awb in een dergelijk geval een voldoende wettelijke basis wordt geacht voor de inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM, mits er inderdaad ook voldoende waarborgen bestaan dat vastgelegde gegevens niet (kunnen) worden gebruikt ten aanzien van het eigen handelen van deze natuurlijke personen.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2004, *JOM* 2018/702.

<sup>46</sup> CRvB 9 februari 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:259, *Gst.* 2023/36, m.nt. E.M. Linthorst en J.C. de Wit.

<sup>47</sup> Rb. Noord-Holland (vzr.) 26 april 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:3821, *NJF* 2023/272; *AB* 2023/236, m.nt. T. Barkhuysen en A.F. Fernhout.

*Verzamelen en opvragen van gegevens*

Een in het oog springende uitspraak is die inzake het opvragen van reisgegevens door DUO (de Dienst Uitvoering Onderwijs van het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap) aan Translink (een private organisatie) van een naar eigen zeggen uitwonende student. Daarmee had zij recht op een hoger bedrag aan studiefinanciering. Het opvragen van gegevens kon volgens de CRvB worden gebaseerd op de algemene bevoegdheid voor toezichthouders van artikel 5:17 Awb om zakelijke gegevens te vorderen. Een wat twijfelachtig fundament voor een zo ingrijpende inbreuk op het privéleven, zo schreef de tweede auteur in zijn AB-annotatie met Barkhuysen. Reisgegevens kunnen immers veel vertellen over het privéleven van betrokkene. Een specifiekere wettelijke grondslag zou hier dan ook op zijn plaats zijn.<sup>48</sup> In een andere zaak bestond voor het gebruik van ANPR-gegevens (automatische kentekenregistratie) door de Belastingdienst (in verband met onderzoek naar het al dan niet gebruiken van auto's van de zaak voor privégebruik) volgens de Hoge Raad geen voldoende specifieke wettelijke basis, zoals vereist door artikel 10 Gw (recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer).<sup>49</sup>

Daarnaast verdient in dit verband aandacht dat de overheid gebruik maakt van zogeheten *toezichtalgoritmes* bij het toezicht en de opsporing van fraude op het terrein van uitkeringen, toeslagen en belastingen. SyRI is een voorbeeld van een dergelijk systeem. Het systeem maakte hiervoor gebruik van persoonlijke gegevens van burgers, waarbij veel verschillende gegevens werden gebruikt. Zo kan worden gedacht aan fiscale, onderwijs-, arbeids- of pensioengegevens. Deze gegevens werden vervolgens gekoppeld en getoetst aan een risicomodel. Aan de hand van dit risicomodel kon worden bepaald wat het risico op fraude is bij specifieke burgers, waarna gerichte actie kon worden ondernomen. Voor het gebruik van dergelijke risicoprofileringsystemen is geen voorafgaande rechterlijke toestemming vereist. De rechtbank Den Haag deed in dit verband begin 2020 echter een belangrijke uitspraak.<sup>50</sup> De rechtbank kwam tot de conclusie dat de SyRI-wetgeving een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op het recht op het respect voor het privéleven en de toets van artikel 8 lid 2 EVRM niet kan doorstaan. Daarbij oordeelde de rechtbank dat er een disbalans bestaat tussen de doelen van de SyRI-wetgeving enerzijds en de inbreuk op het privéleven die door de wetgeving wordt gemaakt anderzijds. Belangrijk daarbij is dat de SyRI-wetgeving volgens de rechtbank onvoldoende inzicht en controle biedt bij de inzet van SyRI. Aldus kwam de rechtbank tot het oordeel dat de SyRI-wetgeving onrecht-

48 CRvB 5 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269, AB 2018/375, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

49 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286, AB 2018/27, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

50 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, AB 2020/236, m.nt. H.B. van Kolschooten. Vgl. ook F. Çapkurt & Y.E. Schuurmans, 'Komt een fraude-opsporingssysteem bij de rechter', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 593-609.

matig is. De SyRI-wetgeving is om die reden onverbindend verklaard. Tegen de uitspraak is geen hoger beroep ingesteld. Ook op andere gebieden wordt geregeld gewerkt met risicoprofileringsystemen en het verzamelen en koppelen van gegevens. Vanuit het oogpunt van fraudebestrijding is dat op zichzelf een gerechtvaardigd belang, zij het dat de potentieel vergaande inbreuk op het privéleven wettelijk voldoende moet zijn ingekaderd met voorafgaand (rechterlijk) toezicht om dergelijke ingrijpende profileringsystemen te kunnen inzetten.<sup>51</sup>

Ten aanzien van het gebruik van *bankafschriften* was de CRvB van oordeel dat het buiten medeweten van betrokkene rechtstreeks bij de bank opvragen van bankafschriften over een lange periode in de gegeven omstandigheden in strijd was met het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel. Daarmee was sprake van een niet gerechtvaardigde inbreuk op het privéleven, zoals beschermd door artikel 8 EVRM. De uit deze bankafschriften verkregen gegevens mochten volgens de CRvB derhalve niet ten grondslag worden gelegd aan de besluitvorming, nu dit zozeer indruist tegen wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat deze gegevens van het bewijs moesten worden uitgesloten.<sup>52</sup>

Met betrekking tot het opvragen van gegevens van *Marktplaats* was de CRvB net als in de eerdergenoemde uitspraak over reisgegevens van studenten van oordeel dat artikel 5:13 Awb (evenredigheidsvereiste) en artikel 5:17 Awb (opvragen zakelijke gegevens) een voldoende duidelijke en voorzienbare wettelijke basis in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM vormen. Weliswaar vormt het opvragen van een overzicht van op Marktplaats geplaatste advertenties een inbreuk op het privéleven van appellant in de zin van artikel 8 EVRM. Het gaat daarbij echter om een geringe inbreuk, nu de gegevens op zichzelf openbaar toegankelijk zijn. Verder dient het opvragen van de gegevens een gerechtvaardigd doel – het tegengaan van misbruik en fraude – en was deze maatregel proportioneel en subsidiair.<sup>53</sup> Annotator Venderbos is van oordeel dat vanwege de geringe inbreuk op de privacy artikel 5:13 en artikel 5:17 Awb inderdaad een voldoende wettelijke basis bieden voor het opvragen van de gegevens. In zoverre verschilt deze zaak van die met betrekking tot het opvragen van reisgegevens van studenten en bankafschriften, nu deze mogelijk een min of meer compleet beeld van (een deel van) iemands privéleven blootleggen. Bovendien

51 De kwetsbaarheid is regelmatig in het nieuws door berichten over bijv. de Belastingdienst en DUO ('DUO negeerde signalen over etnisch profileren bij fraudeonderzoek', NOS.nl 17 juli 2023) en het UWV ('UWV verzamelde illegaal gegevens van uitkeringsgerechtigden', NOS.nl 15 juli 2023). Zie nader over het bestuursrechtelijk toezicht in dit verband C.J. Wolswinkel, 'Autonoom toezicht op autonoom toezicht? Enige bestuursrechtelijke beschouwingen mede naar aanleiding van SyRI', *TvT* 2020/1, p. 36-40.

52 CRvB 20 december 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2871. Vgl. CRvB 11 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3205, AB 2019/128, m.nt. M.W. Venderbos. Vgl. CRvB 15 augustus 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:1567: onderzoek in kadaster Marokko vormt geen ongerechtvaardigde inbreuk op privéleven van appellante.

53 CRvB 5 november 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3513, AB 2020/178, m.nt. M.W. Venderbos.

bestaat ten aanzien van reis- en betaalgegevens de redelijke verwachting dat deze in beginsel geheim blijven. Venderbos verwijst hierbij terecht naar de waarborgen ten aanzien van vergelijkbare maatregelen in het strafrecht (art. 126nd Sv), waarover later meer. In het verlengde van dit oordeel over het opvragen van gegevens zijn Oerlemans en Schuurmans van oordeel dat niet stelselmatig openbronnenonderzoek op zichzelf kan worden gebaseerd op de onderzoeksplicht van artikel 3:2 Awb en diverse algemene toezichtsbevoegdheden. Daarbij geldt echter wel dat de inbreuk op de privacy van geval tot geval kan verschillen, wat betekent dat naarmate sprake is van een (meer) stelselmatig onderzoek een meer specifieke wettelijke grondslag is vereist.<sup>54</sup>

#### *Huisbezoek*

Voor een (onaangekondigd) *huisbezoek* heeft de CRvB in het kader van de controle op het rechtmatig ontvangen van een sociale uitkering in zijn jurisprudentie de zogenoemde eis van *informed consent* uit artikel 8 EVRM afgeleid. Deze eis houdt volgens de Raad in:

‘dat de toestemming van de belanghebbende gebaseerd moet zijn op volledige en juiste informatie over reden en doel van het huisbezoek. Voor een geval waar voorafgaand aan het huisbezoek geen aanleiding bestond om redelijkerwijs te twijfelen aan de juistheid of de volledigheid van de door betrokkene voor het vaststellen van het recht op bijstand verstrekte gegevens, moet hem duidelijk zijn gemaakt dat het niet geven van toestemming zonder (directe) consequenties zal blijven voor de verlening van de bijstand. Bestaat daarentegen voorafgaand aan het huisbezoek wel aanleiding redelijkerwijs te twijfelen aan de juistheid of de volledigheid van de voor het vaststellen van het recht op bijstand verstrekte gegevens en wordt om die reden tot het afleggen van een huisbezoek besloten, dan is het bestuursorgaan bij het vragen om medewerking aan dat huisbezoek niet gehouden betrokkene mee te delen dat het weigeren van de toestemming tot binnentreden zonder (directe) gevolgen voor de uitkering zal blijven. De Raad is van oordeel dat de bewijslast ten aanzien van het “informed consent” bij binnentreden berust op het bestuursorgaan. Bij de beoordeling of een inbreuk op het huisrecht heeft plaatsgevonden, is niet van belang of het huisbezoek van tevoren al dan niet is aangekondigd.’<sup>55</sup>

54 J.J. Oerlemans & Y.E. Schuurmans, ‘Internetonderzoek door bestuursorganen’, *NJB* 2019/1132, p. 1458-1466.

55 CRvB 11 april 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA2410; AB 2007/149, m.nt. H.E. Bröring en sindsdien vaste rechtspraak.

Ondanks de waarborgen die de CRvB op deze manier heeft trachten te creëren, kan de vraag worden gesteld in hoeverre deze zogenoemde *informed consent* daadwerkelijk op basis van vrijwilligheid wordt gegeven. Staat de uitkeringsgerechtigde niet met de rug tegen de muur bij een dergelijk onaangekondigd huisbezoek? Zou het niet meer gepast zijn bij een dergelijke ingrijpende inbreuk op een wezenlijk grondrecht als het door artikel 8 EVRM beschermde huisrecht een voorafgaande (rechterlijke) machtiging te introduceren (zoals ook het geval is binnen het strafprocesrecht)?

### 13.5    **BESLUIT**

Het voorgaande overziend kan worden vastgesteld dat zowel in het strafrecht als in het (bestraffende) bestuursrecht vaak vergaande onderzoeksbevoegdheden worden ingezet op basis van vrij algemeen geformuleerde wettelijke grondslagen, zoals artikel 3 Politiewet 2012 en de bepalingen in titel 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht. Daar is op zichzelf niets mis mee, zolang het maar gaat om methoden die een relatief lichte inbreuk op grondrechten maken, in het bijzonder het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (zoals beschermd door art. 10 Gw en art. 8 EVRM). Als het echter gaat om methoden die een meer ingrijpende inbreuk op grondrechten maken, stellen de beperkingsvoorwaarden van artikel 8 EVRM strengere en meer specifieke eisen. In het bijzonder springt daarbij ook in het oog de voorwaarde van ‘bij wet voorzien’ op grond waarvan eisen worden gesteld aan de toegankelijkheid en voorzienbaarheid van de gestelde beperking aan het grondrecht. Voor betrokkene moet zijn te voorzien welke maatregel kan volgen op bepaald gedrag en onder welke voorwaarden dit middel kan worden ingezet. Deze uitleg wordt voor wat betreft het strafrecht geschraagd door de wijze waarop de Hoge Raad het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel uitlegt, waarbij wordt onderscheiden tussen methoden die een expliciete wettelijke grondslag vereisen en methoden waarbij een algemene bevoegdheidsgrondslag volstaat. In de bestuursrechtelijke jurisprudentie is deze benadering – zij het doorgaans wat minder expliciet verwoord – ook terug te vinden.

Daarnaast verdient het op basis van het voorgaande aanbeveling de waarborgen bij vergelijkbare onderzoeksbevoegdheden in het strafrecht en het bestuursrecht naast elkaar te leggen. Het lijkt er immers op dat voor sommige maatregelen in het strafrecht de rechtsbescherming met meer waarborgen is omkleed dan bij vergelijkbare maatregelen in het bestuursrecht. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan stelselmatige observatie, dat op grond van het Wetboek van Strafvordering slechts mag worden ingezet met voorafgaande toestemming van de officier van justitie (zie art. 126g en 126o Sv). Binnen het bestuursrecht is hiervoor echter geen voorafgaand verloop nodig door een andere (onafhankelijke) autoriteit. In dit verband kan voorts worden gewezen op het feit dat voor de methode van

stelselmatig openbronnenonderzoek in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering een specifieke wettelijke grondslag met bijbehorende toepassingsvoorwaarden wordt gecreëerd, terwijl dit in het bestuursrecht vooralsnog niet het geval is. Voorts is voor het gebruiken van ingrijpende technische hulpmiddelen binnen het bestuursrechtelijk onderzoek een specifieke wettelijke grondslag nodig die in de huidige regelgeving niet kan worden gevonden. De wetgever zal deze grondslag derhalve moeten creëren. Hierbij zal de wetgever een balans moeten vinden tussen enerzijds het bieden van een specifieke wettelijke grondslag en anderzijds het rekening houden met razendsnelle technologische ontwikkelingen.

Een nadere afstemming van de rechtsbescherming in het punitieve bestuursrecht en het strafrecht is van essentieel belang. Eventuele verschillen moeten immers objectief gerechtvaardigd kunnen worden. Indien deze rechtvaardiging niet kan worden gevonden, dient de rechtsbescherming zo veel mogelijk gelijk te worden getrokken.<sup>56</sup> Een belangrijke vraag hierbij is onder meer voor welke onderzoeksmaatregelen vanwege hun ingrijpendheid een voorafgaande rechterlijke toestemming is vereist, onafhankelijk van de vraag of dit via het strafrecht of bestuursrecht gebeurt. Daartoe zou ook stelselmatig moeten worden ingezoomd op de titels in het Wetboek van Strafvordering ten aanzien van de diverse bijzondere opsporingsbevoegdheden in artikelen 126g e.v. Sv. Een dergelijke exercitie wordt des te urgenter gezien de razendsnelle ontwikkelingen van de technologie. Daarbij kan ook worden gedacht aan de introductie van een bestuursrechtelijke rechter-commissaris voor de inzet van de meest ingrijpende onderzoeksbevoegdheden, zoals die onder meer kunnen worden ingezet in grote toezichtzaken van de Autoriteit Consument en Markt, de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank en bij onaangekondigde huisbezoeken en heimelijke waarnemingen in bijstandszaken.<sup>57</sup>

Tot slot valt op dat binnen het bestuursrecht nog weinig aandacht lijkt uit te gaan naar de integriteit en de beheersbaarheid van het onderzoek, terwijl binnen het strafrecht dit gezichtspunt een zelfstandige grond kan zijn om bepaalde bevoegdheden van een expli-

56 Zie nader T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsoptreden*, Deventer: Kluwer 2014; het (ongevraagde) advies van de Afdeling advisering van de Raad van State aan de minister van Veiligheid en Justitie inzake sanctiestelsels, nr. W03. 15.0138/II, 13 juli 2015, *Stcrt.* 2015, nr. 30280; en de annotatie bij CRvB 15 maart 2016, AB 2016/329, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmenrik. Zie ook J.H.A. van der Grinten & J. Wijmans, 'Toezicht onder de Awb', in: T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters & R. Schlössels (red.), *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 653-663.

57 Vgl. C.H.R. Mattheussens, 'De bestuursrechtelijke rechter-commissaris', in: *Experimenten in het bestuursrecht* (preadviezen Jonge VAR 2020), Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 53-102; T. Barkhuysen e.a., *De repressieve samenleving. Vanuit civiel-, bestuurs- en strafrechtelijk perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 183-185.

ciete wettelijke grondslag te voorzien. Gegeven het feit dat binnen het bestuursrecht tegenwoordig ook bevoegdheden worden ingezet waarbij integriteitsvraagstukken kunnen rijzen – zoals in geval van de *mystery guest* – verdient het aanbeveling ook dit gezichtspunt in de discussie over de legaliteit (en legitimiteit) van bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden te betrekken.

