

Jan van der Grinten & Jutta Wijmans*

61 | Toezicht onder de Awb

@J_vanderGrinten/J_Wijmans – Bevoegdheden van toezichthouders. Aan bod komen recente ontwikkelingen op het gebied van de medewerkingsplicht, het moderne toezichtsinstrumentarium en de rechtsbescherming, met telkens een doorkijkje naar de toekomst#toezichtsbevoegdheden#medewerkingsplicht#rechtsbescherming

1. Inleiding

Titel 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht regelt het ‘Toezicht op de naleving’ van voorschriften.¹ Met het opnemen van deze titel heeft de wetgever beoogd eenheid aan te brengen in het toezicht en tegelijkertijd de mogelijkheid van verscheidenheid opengelaten. Waar voorheen per beleidsterrein toezichtsbevoegdheden werden toegekend en genormeerd, heeft de huidige systematiek een omgekeerd stelsel. Alle toezichthouders beschikken over de in titel 5.2 neergelegde bevoegdheden, tenzij bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan anders is bepaald. Het gebruik van die bevoegdheden wordt genormeerd door de Awb.

De uitoefening van toezichtsbevoegdheden kan op gespannen voet staan met de vrije rechtssfeer van burgers.² In deze bijdrage bezien wij de Awb-bepalingen van titel 5.2 vanuit het spanningsveld tussen de adequate uitoefening van toezicht enerzijds en de rechten van justitiabelen anderzijds. Daartoe schetsen wij eerst kort het toepassingsbereik van titel 5.2 en de bevoegdheden die daarin zijn neergelegd. Vervolgens komen recente ontwikkelingen op het gebied van de medewerkingsplicht aan de orde (paragraaf 3), besteden wij aandacht aan het moderne toezichtsinstrumentarium en de vraag naar de begrenzing daarvan (paragraaf 4) en gaan we in op de rechtsbescherming tegen de uitoefening van toezichtsbevoegdheden (paragraaf 5). Daarbij zal ook de vraag aan de orde komen of de besproken ontwikkelingen, gelet op het bestaande spanningsveld, vragen om aanpassing van titel 5.2 Awb.

* Mr. J.H.A. van der Grinten is advocaat bij Kennedy Van der Laan en gastdocent aan de Universiteit Leiden. Mr. J. Wijmans is advocaat bij Kennedy Van der Laan.

¹ Art. 5:11 t/m 5:20 Awb, *Kamerstukken II* 1994/95, 23700 (Derde Tranche Awb) en *Stb.* 1996, 333.

² Die spanning kwam ook tijdens de parlementaire geschiedenis aan de orde, zie *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, 3, p. 137-138.

2. Het toepassingsbereik en de bevoegdheden van titel 5.2 Awb

2.1 Toezicht

Het begrip ‘toezicht (op de naleving)’ is in de Awb en wetsgeschiedenis niet gedefinieerd. De Raad van State benadrukte in zijn advies het belang van toezicht in relatie tot handhaving door te overwegen dat ‘de handhaving haar begin en haar grootste feitelijke omvang gewoonlijk vindt in de uitoefening van toezichthoudende bevoegdheden’.³ De Raad adviseerde de regering om in de memorie van toelichting een inleidende paragraaf op te nemen over toezicht. Daaraan gaf de regering gevolg door vooral het preventieve effect van toezicht te benadrukken (voorkomen is beter dan genezen).⁴ In de Aanwijzingen voor de regelgeving (5.35) is wel een definitie gegeven voor het ‘toezicht op de naleving van voorschriften’: ‘de werkzaamheden die door of namens een bestuursorgaan worden verricht om na te gaan of voorschriften worden nageleefd’.

2.2 Toezichthouder

Artikel 5:11 Awb omschrijft de toezichthouder als een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. Met ‘persoon’ doelt de wetgever op natuurlijke personen.⁵ Organen die als toezichthouder zijn aangewezen zoals de Autoriteit Consument en Markt (ACM) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) zijn dus als zodanig geen toezichthouder in de zin van artikel 5:11 Awb.⁶ Wel maken zij gebruik van Awb-toezichthouders, namelijk (bij hen werkzame) natuurlijke personen die als zodanig zijn aangewezen.⁷ Personen kunnen zowel individueel (bij naam of functie) als categoriaal worden aangewezen.⁸

Artikel 5:11 Awb spreekt van ‘persoon’ zonder nadere clausulering en maakt daarmee mogelijk dat bestuursorganen niet-ambtenaren aanwijzen als toezichthouder. In de laatste decennia zijn overheden bij de uitvoering van toezichtstaken meer gebruik gaan maken van private ondernemingen. Te denken valt bijvoorbeeld aan toezicht op recreatieve bewoning van recreatiewoningen

³ *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, A, par. 8.1.

⁴ *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, 3, p. 128.

⁵ Dit kan met zoveel woorden worden afgeleid uit de wetsgeschiedenis.

⁶ In deze bijdrage richten wij ons (primair) op de Awb-toezichthouder, zijnde een natuurlijke persoon (al dan niet werkzaam voor een ‘toezichthouder’).

⁷ Zie bijv. het Besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 2 april 2013, ACM/DJZ/2013/200834, tot aanwijzing van toezichthouders van de Autoriteit Consument en Markt (*Stcrt* 2013, 9716).

⁸ *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, 3, p. 139. Aanwijzing 5.36 van de Aanwijzingen voor de regelgeving bevat een model voor de regeling van de aanwijzing van toezichthouders.

of het gebruik van studiebeurzen en sociale voorzieningen. De mogelijkheden van dergelijke toezichthouders gebruik te maken zijn echter niet onbegrensd. In de Awb-wetsgeschiedenis is uitdrukkelijk als uitgangspunt verwoord dat het toezicht wordt opgedragen aan ambtenaren.⁹ Als algemene regel zou volgens de wetgever kunnen gelden dat naarmate de wettelijke voorschriften waarop moet worden toegezien van groter maatschappelijk gewicht en belang zijn, privaats toezicht minder in aanmerking komt.¹⁰

De Centrale Raad heeft meermalen beoordeeld of de inschakeling van private toezichthouders in een concreet geval toelaatbaar was. Bij de beantwoording van die vraag besteedde hij aandacht aan de tekst van de bijzondere wetgeving, de wetgeschiedenis en het maatschappelijk gewicht en belang van het wettelijk voorschrift waarop toezicht wordt gehouden. Daarnaast beschouwde de Centrale Raad als relevante omstandigheden of de private toezichthouders een commercieel belang hadden bij constatering van overtredingen en of zij werden aangestuurd door het bestuursorgaan dat hen had aangewezen.¹¹

2.3 Bevoegdheden

Titel 5.2 Awb geeft een bevoegdhedenpakket waarover alle toezichthouders in beginsel beschikken.¹² De toezichthouder kan elke plaats met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner betreden (5:15 Awb),¹³ inlichtingen vorderen (5:16 Awb), inzage vorderen van een identiteitsbewijs en zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 5:16a en 5:17 Awb), zaken onderzoeken, opnemen en bemonsteren (5:18 Awb)¹⁴ en (de lading van) vervoermiddelen onderzoeken en inzage van vervoersbescheiden vorderen (5:19 Awb). Het toekennen van extra bevoegdheden door de formele wetgever is alleen mogelijk indien daarvoor zwaarwegende redenen bestaan.¹⁵

⁹ *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, 3, p. 139.

¹⁰ *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, 5, p. 77.

¹¹ Zie bijv. CRvB 2 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4192, AB 2016/77 m.nt. Bröring en CRvB 16 september 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2947, AB 2014/422 m.nt. Bröring.

¹² Op grond van art. 5:14 Awb kunnen bevoegdheden worden uitgesloten.

¹³ Onder de te betreden 'plaatsen' vallen bijvoorbeeld bedrijfspanden, maar ook vervoermiddelen, zoals bussen, zie CBB 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191.

¹⁴ Van belang is dat 'onderzoeken' niet moet worden opgevat als 'doorzoeken'. Onderzoek ziet in dit verband op de controle van een zaak waarvan bekend is waar die zich bevindt. Zie *Kamerstukken I* 1995/96, 23700, 188b, p. 5.

¹⁵ *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 137. In diverse wetten zijn zulke 'aanvullende' bevoegdheden opgenomen, zie bijv. art. 5.13 Wabo, art. 24 Arbeidsomstandighedenwet, art. 42 Drink- en Horecawet en art. 7.19 Mediawet 2008.

2.4 Het subject van toezicht

Een toezichthouder wordt aangewezen om de naleving van bepaalde wettelijke voorschriften te controleren. Degene die activiteiten ontplooit die door die wettelijke voorschriften zijn gereguleerd, is daarmee als subject van het toezicht te beschouwen. Dat neemt niet weg dat de toezichtbevoegdheden uit de Awb geen beperking bevatten ten aanzien van de personen jegens wie de toezichthouder zijn bevoegdheden kan uitoefenen. Een ieder is op grond van artikel 5:20 Awb verplicht aan een toezichthouder alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.¹⁶ De toezichtsbevoegdheden kunnen dus in beginsel ook worden uitgeoefend jegens derden die niet zelf subject van het desbetreffende toezicht zijn. In de jurisprudentie zijn tal van voorbeelden te vinden waarin de toezichtsbevoegdheden worden uitgeoefend ten aanzien van derden en de rechter dat toelaatbaar acht.¹⁷

3. De medewerkingsplicht: ontwikkelingen en nadere beschouwing

3.1 De medewerkingsplicht

Een ieder is verplicht 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 (5:20 Awb). Deze formulering is ruim: zoals gezegd is de kring van personen die verplicht zijn om medewerking te verlenen in beginsel onbeperkt. Bovendien gaat het daarbij om alle mogelijke vormen van medewerking: het verplaatsen van een kist, het openen van een deur, het verstrekken van wachtwoorden, het geven van inlichtingen of het verlenen van inzage.¹⁸

Het artikel kent echter ook begrenzingsen. Zo moet ingevolge een destijds aangenomen amendement¹⁹ de termijn die de betrokkene krijgt om zijn medewerking te verlenen, redelijk zijn.²⁰ De verplichting om medewerking te verlenen geldt slechts voor zover sprake is van toezicht op de naleving van wettelijke

¹⁶ Anders: Rb. Den Haag 13 april 2004, ECLI:NL:RBSGR:2004:AO7419, in hoger beroep gecorrigeerd door Hof Den Haag 30 december 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AS1915.

¹⁷ CBB 7 januari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP0669; CBB 23 januari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV8376; Gerechtshof Den Haag 23 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA3041; CBB 27 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:97; CRvB 12 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4301; CRvB 5 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269.

¹⁸ *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 146 en 147.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 24.

²⁰ Op dit punt bestaat overigens niet veel jurisprudentie. Zie bijv. ABRvS 25 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:189 waar een termijn van een week voor het verlenen van medewerking bij het vaststellen van de identiteit van een persoon in het kader van toezicht op de naleving van de Wet arbeid vreemdelingen redelijk werd geacht.

voorschriften die tot burgers en bedrijven zijn gericht.²¹ De verplichting medewerking te verlenen bestaat bovendien slechts voor zover de toezichthouder die medewerking *redelijkerwijs* mag vorderen (5:13 Awb). Ook internationale verdragen begrenzen het toepassingsbereik van 5:20 Awb. Verlening van medewerking bestaat bij een inlichtingenvordering (5:16 Awb) uit het naar waarheid antwoorden.²² Het in de artikelen 6 en 14 EVRM tot uitdrukking gebrachte nemo-teneturbeginsel beperkt de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen en de verplichting die te geven in die zin dat de toezichthouder de verplichting heeft om de cautie te geven en de ondervraagde het recht heeft om te zwijgen (5:10a Awb), zodra sprake is van een *criminal charge*. Een toezichthouder mag verder door gebruikmaking van zijn vorderingsbevoegdheid slechts onder bepaalde voorwaarden inbreuk maken op het recht op eerbiediging van privéleven, zoals neergelegd in artikel 8 EVRM.²³ Tot slot worden vanuit het oogpunt van rechtszekerheid hoge eisen gesteld aan de kenbaarheid van een vordering tot het verlenen van medewerking.²⁴

3.2 Geen medewerking: en dan?

Artikel 5:20 Awb introduceert een zelfstandige verplichting. De vraag doet zich voor welke instrumenten de toezichthouder of het bestuursorgaan ter beschikking staan als iemand niet voldoet aan die medewerkingsplicht. Het antwoord luidt op dit moment: geen, althans niet rechtstreeks op grond van de Awb. De wetgever vond het destijds niet nodig om, in aanvulling op de strafrechtelijke sanctiëring van niet-naleving van artikel 5:20 Awb,²⁵ een algemene bevoegdheid te creëren voor het bestuursorgaan om door middel van een bestuurlijke sanctie op te treden tegen overtreding.²⁶ Het was aan de bijzondere wetgever om desgewenst te voorzien in sanctiëring.

Die handschoen heeft de bijzondere wetgever opgepakt. Dat heeft geleid tot tal van bepalingen die de bevoegdheid geven om naleving van artikel 5:20 Awb bestuursrechtelijk af te dwingen met een last onder dwangsom of bestuursdwang dan wel overtreding van artikel 5:20 Awb met een boete te bestraffen.²⁷

²¹ En dus niet indien de medewerking wordt gevorderd in verband met de uitvoering van een op het bestuursorgaan, waarvoor de toezichthouder werkzaam is, rustende verplichting, zie ABRvS 31 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7426.

²² *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 144.

²³ Zo kon het opvragen van reisgegevens van een student bij TransLinkSystems zowel de subsidiariteits- als de proportionaliteitseis doorstaan, zie CRvB 5 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269.

²⁴ Zie o.a. ABRvS 17 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:378.

²⁵ Overtreding van een ambtelijk bevel is strafbaar op grond van artikel 184 Wetboek van Strafrecht.

²⁶ *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 147.

²⁷ Zie bijv. art. 44 Drank- en Horecawet, art. 7.12 Mediawet 2008, art. 5.14 Wabo, art. 1:79 en 1:80 Wft, art. 61 en 76 Wmt en art. 18.7 Tw. Overigens verschillen de regimes

Uit jurisprudentie over de handhaving van artikel 5:20 Awb – veelal in combinatie met specifieke bepalingen over medewerking in bijzondere wetgeving – blijkt dat die bepaling een inspanningsverplichting omvat.²⁸ Beantwoording van de vraag of is voldaan aan de vordering van de toezichthouder moet worden gebaseerd op de feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de vordering.²⁹ In geval van twijfel aan de overtreding van artikel 5:20 Awb moet aan de betrokkene het voordeel van de twijfel worden gegund.³⁰

Het EVRM beperkt de mogelijkheid tot oplegging van sancties ter zake overtreding van artikel 5:20 Awb. Sancties die strekken tot naleving van artikel 5:20 Awb in verband met een inlichtingenvordering dienen, voor zover het wilsafhankelijk materiaal betreft, gelet op artikel 6 EVRM te worden beperkt in die zin dat de verplichting om de inlichtingen te verstrekken geldt met de restrictie dat het verstrekte materiaal uitsluitend wordt gebruikt ten behoeve van de uitoefening van het toezicht op de naleving.³¹

3.3 Toekomst: een doorkijkje

Hiervoor constateerden wij dat tegen de niet-naleving van de medewerkingsplicht niet op grond van de Awb door middel van een bestuurlijke sanctie kan worden opgetreden. Inmiddels is een wetsvoorstel (hierna: ‘Wijzigingsvoorstel’) op handen dat daarin verandering brengt.³² Het Wijzigingsvoorstel voegt een derde lid toe aan 5:20 Awb waarmee de niet-naleving van de medewerkingsplicht bestuursrechtelijk handhaafbaar wordt: ‘Het bestuursorgaan onder verantwoordelijkheid waarvan de toezichthouder werkzaam is, is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van het eerste lid.’³³ Hiermee wordt automatisch ook de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom ter naleving van de medewerkingsplicht geïntroduceerd (5:32 Awb).

Uit jurisprudentie over de al wel bestaande bestuursrechtelijke handhaving van de medewerkingsplicht (op grond van bijzondere wetten) blijkt dat op het

enigszins. Bijv. art. 1:79 Wft geldt voor ‘de toezichthouder’ (DNB, AFM), niet zijnde een natuurlijke persoon/Awb-toezichthouder; art. 5:13 en 5:20 zijn van overeenkomstige toepassing verklaard.

²⁸ Zie o.a. ABRvS 8 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO6638.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Hoge Raad 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN6324.

³¹ Cbb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3.

³² Voorstel tot Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en enkele andere wetten in verband met het nieuwe omgevingsrecht en het nieuwe nadeelcompensatierecht. Op het moment van afronding van deze bijdrage is sprake van een nog niet bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt wetsvoorstel dat op internet ter consultatie is voorgelegd (zie <https://www.internetconsultatie.nl/awbomgevingswet>).

³³ Zie art. 5:32, eerste lid Awb: het bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen is ook bevoegd tot oplegging van een last onder dwangsom.

bestuursorgaan de verplichting rust om uitdrukkelijk belangen af te wegen. Als eenmaal is vastgesteld dat gegevens in redelijkheid kunnen worden opgevraagd en een bevoegdheid bestaat om tegen niet-verstreking van die gegevens handhavend op te treden, is het bestuursorgaan er dus nog niet. Een rechtmatige uitoefening van de bevoegdheid vereist dat alle in geding zijnde belangen worden afgewogen voordat van die bevoegdheid gebruik wordt gemaakt.³⁴

4. Inzet van moderne toezichtinstrumenten en de begrenzing daarvan

4.1 Toezicht in het licht van artikel 8 EVRM

De uitoefening van toezicht kan onder bepaalde omstandigheden leiden tot een inbreuk op het recht op eerbiediging van een privéleven in de zin van artikel 8 EVRM. De vraag is of de bevoegdheden van titel 5.2 Awb, dan wel de onderzoeksbevoegdheden die in bijzondere wetten zijn toegekend, hiervoor een voldoende gespecificeerde wettelijke grondslag bieden zoals artikel 8 EVRM vereist. Vooral bij toezicht in het sociale domein komt die vraag met enige regelmaat aan de orde, bijvoorbeeld wanneer gebruik wordt gemaakt van fysieke observaties. De wijze waarop en intensiteit waarmee het toezicht plaatsvindt en de vraag of daarmee een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van het leven van betrokkenen kan worden verkregen, is daarbij van doorslaggevend belang. Zo oordeelde de CRvB dat de WWB (thans: Participatiewet) noch titel 5.2 Awb een voldoende nauwkeurige wettelijke grondslag bood voor het gedurende vijf maanden op ruim 60 dagen in totaal 97 waarnemingen verrichten bij een uitkeringsadres.³⁵ Het uitvoeren van fysieke observaties op enkele, niet gedurende een langere periode aangesloten dagen, kon naar het oordeel van de CRvB wel weer gebaseerd worden op de WWB.³⁶ De grens tussen het toelaatbare en het ontoelaatbare is dun en de overwegingen die gewijd worden aan het vraagstuk zijn vaak summier.³⁷

4.2 Moderne toezichtinstrumenten

De vraag naar een voldoende wettelijke bevoegdheidsgrondslag voor een inbreuk op artikel 8 EVRM is in de laatste jaren steeds relevanter geworden. Door allerlei technische ontwikkelingen zijn de onderzoeksmogelijkheden aanzienlijk verruimd en is de gebruiksintensiteit van bepaalde instrumenten toegenomen. Zo is het bij het uitoefenen van toezicht mogelijk geworden om gebruik te maken van camera's, peilbakens, drones, chips of warmtezoekers en grote hoeveelheden data op te vangen en te analyseren. Met de inzet van dergelijke mo-

³⁴ Zie bijv. CbB 27 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:97.

³⁵ CRvB 15 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2807.

³⁶ CRvB 24 januari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:297.

³⁷ Gewezen kan bijv. worden op CRvB 2 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:12.

derne methoden wordt al snel een zware inbreuk gemaakt op het privéleven van individuen.

Tot vrij recent nog achtte de CRvB de inzet van moderne toezichtstechnieken, zoals camera's, in de regel toelaatbaar.³⁸ In 2016 heeft de CRvB zijn koers echter gewijzigd. Dat gebeurde in twee uitspraken over het gebruik van een peilbaken (GPS) onder een auto³⁹ en dagenlange cameraobservatie⁴⁰ om de gangen van de betrokkene na te gaan. De CRvB overwoog dat de toenemende technische verfijning en intensivering van opsporingsmethoden en -technieken een meer concreet omschreven legitimatie voor inbreuken op het fundamentele recht op bescherming van het privéleven verlangen. Noch titel 5.2 van de Awb, noch de algemene onderzoeksbevoegdheid van de WWB bieden volgens de CRvB die duidelijke, voorzienbare en met waarborgen omklede wettelijke grondslag voor het gebruik van de aan de orde zijnde ingrijpende onderzoeksmethoden, waarmee een min of meer compleet beeld van bepaalde aspecten van het persoonlijke leven van de betrokkenen kan worden verkregen. Het bewijsmateriaal werd door de CRvB dan ook (reeds) vanwege het ontbreken van een wettelijke grondslag als onrechtmatig verkregen aangemerkt en moest worden uitgesloten. Het probleem van de ontoereikende bevoegdheidsgrondslag speelt zeker niet alleen op het gebied van de sociale zekerheid. Zo oordeelde de Hoge Raad in 2017 bijvoorbeeld dat de wettelijke bevoegdheden van de belastinginspecteur geen voldoende basis bieden voor het gebruik van automatische kentekenplaatherkenning.⁴¹

4.3 *Wetgever aan zet?*

Ondertussen is duidelijk dat als de wetgever de inzet van ingrijpende onderzoeksmethoden, waaronder cameratoezicht, peilbakens en andere geavanceerde onderzoeksmethoden, wenselijk acht, hij daarvoor een voldoende duidelijke en met waarborgen omklede wettelijke grondslag zal moeten creëren.⁴² Zoals eerder al werd geopperd door onder anderen Barkhuysen en Van Emmerik zouden daarbij door de strafrechtelijke opsporing geïnspireerde controlemechanismen kunnen worden ingebouwd (zoals voorafgaande toestemming van de officier van justitie of de rechter-commissaris).⁴³

³⁸ Bijv. CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1258; CRvB 22 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4881.

³⁹ CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, AB 2016/329, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

⁴⁰ CRvB 13 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3479, AB 2017/47, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

⁴¹ Hoge Raad 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286.

⁴² Hetzelfde geldt overigens – zoals hiervoor bleek – voor aloude (ingrijpende) methoden wanneer die op intensieve wijze worden ingezet, zoals de fysieke observatie.

⁴³ Barkhuysen en Van Emmerik in hun annotatie bij CRvB 13 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3479, AB 2017/47.

Het scheppen van dergelijke grondslagen kan in de bijzondere wet, maar het is ook mogelijk om hiervoor (een of meer) met waarborgen omklede grondslagen in titel 5.2 van de Awb op te nemen.⁴⁴ De daarin neergelegde bevoegdheden komen dan in beginsel aan alle toezichthouders toe, tenzij uitdrukkelijk uitgezonderd (5:14 Awb). Wij achten het – zeker gezien de snelle technologische ontwikkelingen – aannemelijk dat ook buiten het gebied van de sociale zekerheid een (toenemende) behoefte zal bestaan aan een modern toezichtinstrumentarium.

5. Rechtsbescherming

5.1 Rechtskarakter van toezichtshandelingen

Bij de parlementaire behandeling van titel 5.2 Awb is gesteld dat bij toezichtshandelingen sprake is van feitelijk handelen.⁴⁵ Uit de jurisprudentie van het CBB en de ABRvS blijkt ook dat toezichtshandelingen niet als besluit gekwalificeerd worden. Zo werd de (schriftelijke) aankondiging van een kantoorbezoek waarbij tevens om inzage van dossier werd verzocht, als feitelijk handelen aangemerkt.⁴⁶ Hetzelfde gold voor de aankondiging van een uit te voeren controle in een bedrijfsgebouw waarbij de mededeling werd gedaan dat de toezichthouder, wanneer geen toegang tot het gebouw zou worden verschaft, zich zo nodig met behulp van de sterke arm toegang zou verschaffen.⁴⁷ Ook de schriftelijke inlichtingenvordering wordt – in tegenstelling tot hetgeen bij de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer werd geopperd⁴⁸ – niet als besluit aangemerkt.⁴⁹ Het gevolg hiervan is dat de burgerlijke rechter bevoegd is om de rechtmatigheid van het toezichtshandelen te beoordelen. Daarnaast kan de rechtmatigheid van feitelijk toezichtshandelen aan de orde worden gesteld in beroep tegen een besluit waarmee de medewerkingsplicht wordt afgedwongen (vooral nog slechts op grond van een bijzondere wet, zie hiervoor) of een handhavingsbesluit dat volgt op een bij het toezicht geconstateerde overtreding.

⁴⁴ Zie hierover ook Schuurmans en Uzman in de noot bij EHRM 18 oktober 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1018JUD006183810, AB 2017/418 en Venderbos in de annotatie bij CRvB 15 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2807, AB 2018/103.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 1993–1994, 23700, 3, p. 142, zie ook *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, 5, p. 51–55.

⁴⁶ ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3208.

⁴⁷ ABRvS 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:199, JB 2013/168.

⁴⁸ *Handelingen II* d.d. 31 januari 1996, 49–3636 en 49–3664.

⁴⁹ CBB 21 juli 1998, ECLI:NL:CBB:1998:ZF3595, AB 1998/437 m.nt. Van der Veen; CBB 2 maart 1999, ECLI:NL:CBB:1999:AA3409, AB 1999/168 m.nt. Van der Veen; Rb. Rotterdam 10 januari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC2987, AB 2008/122, m.nt. Jansen.

5.2 *Onrechtmatig verkregen bewijs*

Als toezichthandelingen onrechtmatig hebben plaatsgevonden betekent dat niet direct dat het daaruit voortgekomen bewijs moet worden uitgesloten. Bij de vraag of onrechtmatig verkregen bewijs moet worden uitgesloten, wordt het zogenoemde ‘zoeker indruist’-criterium gehanteerd. Volgens dat criterium moet het onrechtmatig verkregen bewijs worden uitgesloten wanneer dat bewijs is verkregen op een wijze die zoeker indruist tegen wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar is.⁵⁰

In gevallen waarin een fundamenteel recht is geschonden, kwalificeert de bestuursrechter het verkregen materiaal doorgaans als bewijs dat ‘is verkregen op een wijze die zoeker indruist tegen wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht’ dat dit onder alle omstandigheden moet worden uitgesloten.’ Dat is bijvoorbeeld het geval bij schending van het huisrecht (8 EVRM) of in verband met het zwijgrecht (6 EVRM), wanneer de cautie ten onrechte achterwege is gelaten. In een recente uitspraak bevestigde de Afdeling nog eens dat wanneer ten onrechte geen cautie is gegeven, de verklaring van de betrokkene (in de regel) niet mag worden gebruikt als bewijs voor feiten die aan een bestraffende sanctie ten grondslag zijn gelegd. Hetzelfde geldt voor verklaringen die onder dwang zijn afgelegd, bijvoorbeeld omdat de betrokkene op grond van artikel 5:20 Awb gehouden was een verklaring af te leggen.⁵¹ Het uitsluiten van bewijs door de bestuursrechter zien we voorts terug bij de eerder aan de orde gekomen moderne toezichtsinstrumenten als de camera en het peilbaken, nu daarvoor vooralsnog geen toereikende wettelijke grondslag bestaat.⁵² Tot slot wijzen we hier nog op bewijs dat voorkomt uit onderzoek door een onbevoegde controleur of een niet aangewezen toezichthouder. Ook in dergelijke gevallen wordt het bewijs uitgesloten.⁵³

⁵⁰ Zie bijv. ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7701; ABRvS 3 oktober 1997, ECLI:NL:RVS:1997:ZF3015; ABRvS 29 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ4078, m.nt. Jansen; ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1163, m.nt. Jansen; CRvB 22 januari 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AO3220; CRvB 13 maart 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC7462 en CRvB 24 januari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BY9361, AB 2014/12, m.nt. Schneider.

⁵¹ ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115.

⁵² Zie bijv. CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, AB 2016/329, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik en CRvB 13 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3479, AB 2017/47, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

⁵³ CRvB 5 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269, CRvB 15 januari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:1.

5.3 Toekomst van de rechtsbescherming

De bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen toezichtshandelingen is beperkt. Zoals gezegd gaat het in de regel om een indirecte rechtsbescherming: het oordeel van de bestuursrechter over de rechtmatigheid van de toezichtshandeling kan slechts worden verkregen in een procedure tegen een besluit tot handhaving van de medewerkingsplicht of een handhavingsbesluit tegen een geconstateerde overtreding. Degene die met een toezichtshandeling wordt geconfronteerd die volgens hem niet door de beugel kan, heeft er echter vaak belang bij de rechtmatigheid daarvan aan de orde te stellen zonder het op een handhavingsactie aan te laten komen. De bestuursrechter lijkt dan de meest geëigende rechter om over die rechtmatigheidsvraag te oordelen. Dat pleit er naar onze mening voor een bestuursrechtelijke rechtsingang te creëren tegen handelingen van de toezichthouder waarvan de rechtmatigheid wordt betwist. Om te voorkomen dat die mogelijkheid ten koste gaat van de effectiviteit van het toezicht, zou een snelle behandeling van dit soort zaken voor de hand liggen.⁵⁴

6. Tot slot

De uitoefening van toezichtsbevoegdheden staat op gespannen voet met de vrije rechtssfeer van burgers. Die spanning tekent zich onder meer af bij de in deze bijdrage besproken medewerkingsplicht van artikel 5:20 Awb. De wetgever heeft enerzijds gekozen voor een ruim geformuleerde bevoegdheid door geen beperkingen aan te brengen in de soort medewerking die gevorderd kan worden of de kring van personen die verplicht is om medewerking te verlenen. Anderzijds kent de medewerkingsplicht allerlei begrenzingsen, die overigens niet alleen voortvloeien uit de Awb, maar ook uit het EVRM. Ook bij het bieden van rechtsbescherming door de rechter zien we de spanning terug. Hoewel het feit dat de uitoefening van toezicht onrechtmatig is gebleken nog niet betekent dat het daaruit voortgekomen bewijsmateriaal per definitie moet worden uitgesloten, is de rechter streng gebleken als fundamentele rechten van burgers in het gedrang komen. Tot slot manifesteert de spanning tussen adequaat toezicht en de rechten van burgers zich bij uitstek op het gebied van de ontwikkeling en het gebruik van moderne toezichtinstrumenten. Met name op dat gebied bestaat naar onze mening behoefte aan bezinning over de vraag of de Awb-regeling nog voldoende houvast biedt. Een eventuele aanvulling van de toezichtstitel in de Awb zal in ieder geval opnieuw een balansoefening betekenen tussen het belang van adequaat toezicht en het beschermen van de belangen van burgers.

⁵⁴ Bijv. naar analogie van art. 154a Gemeentewet.