

Recensie preadvies Jonge VAR 2020: De bestuursrechtelijke rechter-commissaris

Door Joanne Nijholt-Westland¹

De preadviezen voor de Jonge VAR 2020 gaan over een aansprekend onderwerp: “Experimenteren in het bestuursprocesrecht.” Mattheussens kiest in haar prettig leesbare preadvies voor een gedurfd experiment door met de bestuursrechtelijke rechter-commissaris een nieuwe figuur in het bestuursprocesrecht te introduceren. Deze rechter-commissaris controleert reeds tijdens de onderzoeksfase de inzet van onderzoeksbevoegdheden door bestuursorganen, zoals de financiële toezichthouders en de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM).² Kritiek op het huidige rechtsbeschermingsstelsel bij bestuurlijke handhaving schuwt Mattheussens niet en ze is creatief in haar oplossingen. De preadviseur maakt haar voorstel praktisch en concreet, waardoor het preadvies stof tot nadenken geeft en zich uitstekend leent voor discussie.

Het preadvies kent een praktische insteek, met een verfrissend gebrek aan uitvoerige theoretische exercities. Daarom recenseer ik het eveneens met een praktische blik, mede gevoed door mijn ervaringen bij de ACM. Deze recensie start met een korte samenvatting van het preadvies. Vervolgens zal ik uiteenzetten waarom het voorstel van Mattheussens charmeert en voordelen met zich brengt. Daarna belicht ik ook enkele keerzijdes, die laten zien dat aan de noodzaak en de wenselijkheid van de introductie van een rechter-commissaris in het bestuursprocesrecht kan worden getwijfeld.

Het preadvies in het kort

Mattheussens roept in haar preadvies op tot de introductie van een rechter-commissaris in het bestuursrecht. Die moet, als onafhankelijke derde, reeds tijdens de onderzoeksfase de inzet van onderzoeksbevoegdheden door bestuursorganen controleren. Het preadvies ziet daarmee op een uitbreiding van de rechtsbescherming van burgers en ondernemingen tegen ingrijpende onderzoeksbevoegdheden van de overheid. Niet alleen rechtsbescherming achteraf bij de toetsing van het besluit, maar reeds rechterlijke inmenging in de besluitvormingsfase. Volgens Mattheussens is deze uitbreiding nodig, omdat bepaalde bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden zeer ingrijpend zijn en de belanghebbende daarom een optimale rechtsbescherming verdient. Dat artikel 6 EVRM er niet toe noodzaakt en er wellicht enige efficiëncynadelen kleven aan de inzet van een rechter-commissaris, laat volgens de preadviseur onverlet dat de introductie van de rechter-commissaris toegevoegde waarde heeft. De inzet van vergaande onderzoeksbevoegdheden wordt door de inzet van een neutrale onafhankelijke magistraat namelijk objectiever, zo luidt haar gedachte.

Mattheussens concentreert zich in haar preadvies op twee rechtsgebieden. In de eerste plaats op de “grote toezichtzaken” van de ACM, de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) en De Nederlandsche Bank (hierna: DNB).³ In de tweede plaats op zaken waarin een vermoeden

¹ Joanne Nijholt-Westland is werkzaam bij de Directie Mededinging van de Autoriteit Consument en Markt. In deze functie is zij onder meer betrokken bij onderzoeken naar ondernemingen die worden verdacht van een overtreding op de Mededingingswet. De auteur schrijft dit artikel op persoonlijke titel. Met dank aan Jochen Meulman voor zijn waardevolle feedback.

² Het gaat hierbij niet om de rechter-commissaris als bedoeld in artikel 8:12 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) die kan worden ingezet bij het vooronderzoek in eerste aanleg of in hoger beroep in bestuursrechtelijke procedures. Het gaat in het preadvies om een rechter-commissaris die reeds een rol heeft in de besluitvormingsfase.

³ Deze terminologie sluit aan bij die van Mattheussens. Zij definieert grote toezichtzaken als: zaken waarin de toezichthouders van plan zijn om gebruik te maken van hun bevoegdheid om bij een onderneming een

speelt van bijstandsfraude (hierna, in navolging van het preadvies: bijstandszaken).⁴ Daarnaast bakent Mattheussens haar preadvies af door zich te focussen op onderzoeksbevoegdheden met een ingrijpend karakter. Voor de grote toezichtzaken van de ACM, de AFM en de DNB kan de rechter-commissaris een rol spelen bij:

- (1) de beslissing om over te gaan tot een onaangekondigd bedrijfsbezoek;
- (2) het vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden, en;
- (3) het horen van werknemers en andere relevante personen.

In het voorstel van Mattheussens kunnen de toezichthouders niet meer op eigen initiatief bedrijfsbezoeken afleggen, maar dient daarvoor een machtiging van de rechter-commissaris te worden verkregen. Eveneens kan de rechter-commissaris een rol spelen tijdens het bedrijfsbezoek door als onafhankelijke derde aanwezig te zijn en de toezichthouder te controleren. In die rol kan de rechter-commissaris er bijvoorbeeld zorg voor dragen dat de toezichthouder de grens tussen zoekend rondkijken en doorzoeken niet overschrijdt. Bij het vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden zou de rechter-commissaris moeten beslissen of stukken wel of niet onder het *legal professional privilege* vallen.⁵ Tot slot kan de rechtsbescherming worden versterkt door de rechter-commissaris de exclusieve bevoegdheid te geven om personen als getuige te horen.⁶ Daarbij krijgen ondernemingen ook uitdrukkelijk de mogelijkheid om getuigen à décharge te laten horen door de rechter-commissaris.

In bijstandszaken ziet Mattheussens vooral een rol voor de rechter-commissaris bij de bevoegdheid om een onaangekondigd huisbezoek af te leggen en het verrichten van heimelijke waarnemingen. In haar voorstel kan het college van burgemeester en wethouders niet meer zelfstandig beslissen tot een huisbezoek, maar heeft het daarvoor een machtiging nodig van een rechter-commissaris. Evenals bij de bedrijfsbezoeken in grote toezichtzaken van de ACM, de AFM en de DNB, werkt Mattheussens voor het huisbezoek een tweede variant uit. In die variant geeft de rechter-commissaris niet alleen een machtiging voor een huisbezoek, maar waakt hij ook tijdens het huisbezoek over formele aspecten. Zo kan er met de rechter-commissaris in contact worden getreden als er discussie is over de grens tussen zoekend rondkijken en doorzoeken. Ook voor de heimelijke waarnemingen – zonodig met technische hulpmiddelen - zou volgens de preadviseur een machtiging van de rechter-commissaris nodig zijn als tot de introductie van een bestuursrechtelijke rechter-commissaris wordt besloten.

De voordelen van een bestuursrechtelijke rechter-commissaris

Mattheussens stelt terecht dat de onderzoeksbevoegdheden die zij in haar preadvies behandelt, ingrijpend zijn. Zeker in bijstandszaken kan de inzet van onderzoeksbevoegdheden leiden tot een grote inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de belanghebbende, nu het onderzoek zich richt op het privéleven van de belanghebbende. Maar ook de toezichtbevoegdheden van de financieel-economische toezichthouders kunnen forse impact hebben op de betrokken onderneming. Denk bijvoorbeeld aan het verzegelen van ruimten of het kortstondig ‘bevriezen’ van het gebruik van een mobiele telefoon tijdens een bedrijfsbezoek.

onaangekondigd bedrijfsbezoek af te leggen. Het betreffen uitdrukkelijk niet bedrijfsbezoeken die worden afgelegd in het kader van reguliere controles.

⁴ Het gaat om zaken waarin een bestuursorgaan dat uitkeringen verstrekt op grond van de Participatiewet, vermoedt dat de persoon aan wie een uitkering is toegekend, de inlichtingenplicht schendt (bijstandsfraude).

⁵ Correspondentie tussen een cliënt en diens advocaat valt onder het verschoningsrecht en is vertrouwelijk. Deze stukken mogen daarom geen rol spelen in het onderzoek van de toezichthouder.

⁶ Het voorstel van Mattheussens ziet uitdrukkelijk niet op verdachten en verhoren waarbij het zwijgrecht geldt. Daarbij dient in ogenschouw te worden genomen dat medewerkers van een onderneming die onderwerp is van een onderzoek, zich ook mogen beroepen op het zwijgrecht als zij niet als feitelijk leidinggevende worden verdacht. Zij kunnen namelijk met hun verklaring de onderneming incrimineren.

Op dit moment vindt de rechterlijke toetsing plaats als sluitstuk van de handhavingsprocedure. De charme van het voorstel in het preadvies, is dat met een relatief eenvoudige proceswijziging al tijdens de procedure ingrijpende onderzoeksbevoegdheden worden getoetst. De rechtsbescherming van betrokkenen wordt daarmee geïntensiveerd. Groot pluspunt van de introductie van de bestuursrechtelijke rechter-commissaris is dat alle partijen al tijdens het onderzoek meer duidelijkheid verkrijgen over de grenzen van de toezichtsbevoegdheden. Het bestuursorgaan weet zich door het verkrijgen van een machtiging voor het afleggen van een bedrijfs- of huisbezoek of het verrichten van een heimelijke waarneming, meer gesteund in de rechtmatigheid en de noodzaak en proportionaliteit van de inzet van het onderzoeksmiddel. Daardoor hoeft het bestuursorgaan minder te vrezen dat de rechter achteraf een bepaald optreden onrechtmatig acht. Ook de burger en de onderneming die onderwerp zijn van onderzoek, hebben meer zekerheid over de rechtmatigheid van de inzet van onderzoeksbevoegdheden als ze weten dat een onafhankelijke derde het bestuursorgaan al vooraf heeft gecontroleerd. Een ander voordeel dat in het preadvies terecht wordt genoemd, is dat burgers en ondernemingen zich door de inmenging van een neutrale magistraat waarschijnlijk beter beschermd voelen tegen onterechte inzet van verregaande bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden en de gevolgen daarvan.

Specifiek voor de huisbezoeken in bijstandszaken geldt dat een machtiging van de rechter-commissaris een oplossing kan bieden voor het probleem dat een belanghebbende onder druk staat voor het geven van toestemming voor het betreden van een woning. Mattheussens betoogt dat discutabel is of een belanghebbende die toestemming geeft voor het betreden van zijn/haar woning, deze toestemming wel vrijwillig geeft, nu diegene het risico loopt op stopzetting van de uitkering als toestemming wordt geweigerd. Vanwege deze verstrekkende gevolgen van het weigeren van toestemming, stelt de preadviseur terecht dat een machtiging voor huisbezoeken van een rechter-commissaris in bijstandszaken soelaas kan bieden. Dat zou kunnen met een relatief eenvoudige aanpassing van het huidige stelsel, waarin al een machtiging nodig is voor een huiszoeking zonder toestemming van de bewoner.

De noodzaak voor de introductie van een bestuursrechtelijke rechter-commissaris

Naast bovengenoemde positieve punten, kan het voorstel voor de introductie van een bestuursrechtelijke rechter-commissaris ook worden bekritiseerd. Hierna behandel ik enkele punten van kritiek. Daarbij verdient opmerking dat de tegenargumenten vooral zien op de noodzaak en de wenselijkheid van een bestuursrechtelijke rechter-commissaris in de grote toezichtzaken van de financieel-economische toezichthouders. Zoals ik hiervoor al heb opgemerkt, kan de rechter-commissaris een oplossing bieden voor de problematiek van de onvrijwillige toestemming voor het huisbezoek in bijstandszaken.

In de eerste plaats komt bij het lezen van het preadvies de belangrijke vraag op of er noodzaak bestaat voor de introductie van een rechter-commissaris. Is er aanleiding om het huidige rechtsbeschermingsregime te intensiveren? In het preadvies is al genoemd dat artikel 6 EVRM niet noopt tot rechterlijke toetsing tijdens de besluitvormingsfase in het bestuursrecht.⁷

Ook erkent Mattheussens dat uit de jurisprudentie niet kan worden geconcludeerd dat er veelvuldig fouten worden gemaakt bij de inzet van onderzoeksbevoegdheden. Hierbij moet weliswaar in ogenschouw worden genomen dat niet elk onrechtmatig optreden van bestuursorganen uit de jurisprudentie kan worden gedestilleerd. Zo hoeft niet elk onderzoek waarin een bestuursorgaan ingrijpende bevoegdheden inzet, te resulteren in een besluit en een

⁷ Zie ook de aangehaalde rechtspraak in voetnoot 38 van het preadvies.

daaropvolgend beroep bij de rechter. Als bestuursorganen echter veelvuldig onrechtmatig zouden optreden bij de inzet van ingrijpende onderzoeksbevoegdheden, zou men meer uitspraken verwachten waarin de rechter het bestuursorgaan corrigeert.

Daarnaast bestaat ook in het huidige rechtsbeschermingsstelsel al de mogelijkheid om direct na de inzet van ingrijpende onderzoeksmiddelen, zoals een bedrijfs- of huisbezoek, een kort geding aan te spannen bij de burgerlijke rechter. Zo hoeft niet een besluit en een daaropvolgende procedure bij de bestuursrechter hoeft te worden afgewacht. Deze mogelijkheid wordt in de praktijk ook benut, met name door ondernemingen in grote toezichtzaken van de ACM, de AFM en de DNB. De kortgedingrechter toetst de rechtmatigheid van de onderzoeksbevoegdheden die worden ingezet niet terughoudend. Zo heeft het Hof Den Haag in 2019 in een procedure tegen de ACM benadrukt dat dat de toezichthouder beoordelingsruimte heeft bij het afleggen en de inrichting van een bedrijfsbezoek, maar dat “[...] de rechterlijke toets achteraf niet slechts betrekking heeft op de rechtmatigheid van het optreden, maar ook op de proportionaliteit en subsidiariteit daarvan.”⁸

Tot slot dient voor de noodzaak om de huidige rechtsbeschermingssystematiek uit te breiden, in ogenschouw te worden genomen dat de rechterlijke controle achteraf, zijn schaduw vooruit werpt. De praktijk voor het uitvoeren van bedrijfsbezoeken is in dit kader illustratief. De beslissing om bij een bedrijf binnen te treden wordt voorafgaand aan het bedrijfsbezoek niet door een externe partij gecontroleerd. Evenmin is – naast een eventuele advocaat – een onafhankelijke derde aanwezig tijdens het bedrijfsbezoek om te controleren of de toezichthouder wetmatig en proportioneel te werk gaat. Er is alleen rechterlijke controle achteraf op het optreden van de toezichthouder. Maar deze reactieve rechterlijke toets werpt in de praktijk zijn schaduw vooruit. Een toezichthouder wil niet dat de bestuursrechter een (boete)besluit achteraf vernietigt of dat de kortgedingrechter het bedrijfsbezoek onrechtmatig acht. Met een dergelijk oordeel kan een (jarenlang) onderzoek teniet worden gedaan. Voordat de toezichthouder een bedrijfsbezoek aflegt, anticipeert de toezichthouder dan ook op een eventuele rechterlijke toets achteraf. De toezichthouder vergewist zich er vooraf van of er aanleiding is voor een bedrijfsbezoek en of het een geschikt en proportioneel middel is om informatie te vergaren. En ook tijdens een bedrijfsbezoek zal de toezichthouder vanwege het risico op een mogelijk funest rechterlijk oordeel niet welbewust de grenzen van zijn bevoegdheden overschrijden.

Gelet op voorgaande argumenten bestaat er mijns inziens geen grote noodzaak om de rechtsbeschermingssystematiek verder te intensiveren. In algemene zin lijkt er dus geen onmiddellijke aanleiding te zijn voor verzwaring van de rechtsbescherming. Daarbij komt dat er, naast de positieve kanten, ook argumenten zijn die pleiten tegen de introductie van een rechter-commissaris. Ik behandel deze in de navolgende paragrafen.

Discrepantie tussen bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving

Hoewel Mattheussens, om de omvang van het preadvies te beperken, bewust de verhouding tussen bestuurs- en het strafrecht buiten beschouwing laat, roept haar preadvies toch de belangrijke vraag op waarom in het bestuursprocesrecht bevoegdheden aan de rechter-commissaris worden toebedeeld die in het strafrecht mogen worden uitgeoefend door opsporingsambtenaren. Denk bijvoorbeeld aan het zoekend rondkijken op iedere plaats (met

⁸ Hof Den Haag, 12 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:470.

uitzondering van woningen) en de niet stelselmatige observatie.⁹ Verder is in het strafrecht bijvoorbeeld een rechter-commissaris bij het doorzoeken van woningen niet altijd fysiek aanwezig, terwijl Mattheussens deze fysieke aanwezigheid wel wenselijk acht bij bedrijfsbezoeken in het kader van bestuursrechtelijke handhaving.

Niet is in te zien waarom in het bestuursrecht een zwaarder beschermingsregime nodig zou zijn dan in het strafrecht. Zeker omdat in het bestuursrecht niet op voorhand vaststaat of bij een eventuele overtreding een *criminal charge* volgt of een herstelsanctie. Daarbij komt dat de inzagebevoegdheid van de financieel-economische toezichthouders, anders dan in het strafrecht, is beperkt tot zakelijke gegevens en niet ziet op privé-informatie.¹⁰ In dit licht is een zwaarder beschermingsregime in het bestuursrecht ten opzichte van het strafrecht niet te billijken.

Dissonantie met de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingssystematiek

Verder is discutabel of de introductie van een rechter-commissaris zich goed verhoudt tot het uitgangspunt dat de rechtsbescherming in het bestuursrecht zich concentreert rondom het besluitbegrip. De rechter toetst ná het besluit de procedure in zijn geheel. Om reeds tijdens de besluitvorming *checks and balances* te creëren voorziet de Algemene wet bestuursrecht in interne *Chinese walls*.¹¹ Zo schrijft de wet een functiescheiding voor tussen de ambtenaren die een boeterapport hebben opgesteld en degene die het boetebesluit neemt en voorziet de wet in een scheiding tussen de primaire fase van de besluitvorming en de bezwaarfase. In deze systematiek is de interne waarborg dat er eveneens een *Chinese wall* bestaat tussen de ‘functionaris verschoningsrecht’ en het onderzoeksteam passend.¹²

Het voorstel in het preadvies om rechterlijke inmenging te creëren tijdens de besluitvorming, past niet goed binnen deze bestuursrechtelijke rechtsbeschermingssystematiek. Dit kritiekpunt geldt evenzeer voor het voorstel in het preadvies, om een rechtsgang open te stellen tegen bepaalde beslissingen van de rechter-commissaris, zoals de beslissing van de rechter-commissaris om een *legal professional privilege* claim af te wijzen. Door verschillende deelprocedures te creëren wordt aan het huidige stelsel van geconcentreerde rechtsbescherming getornd.

Vertraging door de introductie van een rechter-commissaris

Het voorstel van Mattheussens legt een forse werklast neer bij de rechter-commissaris. Mattheussens noemt in het preadvies al dat de huisbezoeken in het kader van de bijstandszaken veel voorkomen. Daarnaast moet ook de werklast van de beoordeling van *legal professional privilege* documenten niet worden onderschat. Ter illustratie: alleen al bij de ACM bedraagt de functie van de functionaris verschoningsrecht ongeveer 1 FTE. Ook de werklast van de voorbereiding van een verhoor is relatief zwaar. Een goed getuigenverhoor verloopt niet volgens een van tevoren opgesteld script met een vragenlijst die in beton is gegoten. Het vereist improvisatietalent en goede dossierkennis om de juiste vragen te stellen. Deze werkdruk moet worden weerspiegeld in de capaciteit aan beschikbare

⁹ De algemene bevoegdheid tot zoekend rondkijken is geregeld in artikel 96 Wetboek van Strafvordering. De politie kan observeren op grond van artikel 2 Politiewet en/of artikel 141 en 142 Wetboek van Strafvordering.

¹⁰ Artikel 5:17, eerste lid, Awb.

¹¹ Artikel 10:3, derde en vierde lid, Awb.

¹² De functionaris verschoningsrecht die *legal professional privilege* claims beoordeelt, is onafhankelijk en mag niet betrokken zijn bij het inhoudelijke onderzoek. ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014, ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014, DNB Werkwijze inzien en kopiëren van digitale gegevens, Werkwijze AFM inzien en kopiëren van digitale gegevens. Zie ook artikel 12g Instellingswet Autoriteit Consument en Markt.

rechter-commissarissen. Verlies aan daad- en slagkracht liggen op de loer bij onvoldoende middelen of prioriteit.

Daarnaast kan een uitbreiding van de rechtsbescherming ertoe leiden dat ondernemingen en burgers te pas en te onpas als vertragingstactiek een beslissing van de rechter-commissaris vragen over het optreden van een bestuursorgaan. Dat deze vrees niet uit de lucht is gegrepen, laat de huidige procedure voor de beoordeling van *legal professional privilege* claims in het financieel strafrecht zien. Daar klinkt de roep om procedures voor het verschoningsrecht bij de rechter-commissaris effectiever en duidelijker te maken. Daarbij klemt dat sommige bedrijven het verschoningsrecht gebruiken als procedureel wapen. Daardoor kan de beoordeling van de rechter-commissaris van de geclaimde stukken en de daarop volgende procedures, maanden, zo niet jaren, duren.¹³ De eindigheid van de procedure komt daarmee in het geding.

Het is gelet op het voorgaande aannemelijk dat de introductie van de rechter-commissaris tot vertraging gaat leiden. De preadviseur vindt eventuele vertraging en inefficiëntie geen steekhoudend argument om de rechter-commissaris niet in te voeren. Niet uit het oog moet echter worden verloren dat naast de overheid, ook de onderneming en de burger is gediend met een rechtssysteem dat snel, efficiënt en effectief is. Daarbij komt dat juist de slagkracht van de bestuurlijke handhaving een belangrijke reden is voor de invoering ervan naast (of in de plaats van) strafrechtelijke sancties. De vertraging die de introductie van een rechter-commissaris met zich brengt, is daarmee problematisch en een belangrijk argument tegen een uitbreiding van het rechtsbeschermingsstelsel.

Tot slot

Het preadvies van Mattheussens bevat een geslaagd gedachte-experiment hoe de introductie van een rechter-commissaris er in het bestuursprocesrecht uit kan zien. Het voorstel charmeert, met name omdat het tot gevolg heeft dat al in een vroeg stadium van de procedure door een onafhankelijke derde een oordeel wordt gegeven over de inzet van ingrijpende onderzoeksbevoegdheden. De rechtsbescherming wordt daarmee geïntensiveerd. Bovendien kan in bijstandszaken de rechter-commissaris een oplossing bieden voor de problematiek van de onvrijwillige toestemming voor huisbezoeken. Tegelijkertijd bestaan er fundamentele argumenten die tegen de introductie van een bestuursrechtelijke rechter-commissaris pleiten, met name in de grote toezichtzaken van de ACM, de AFM en de DNB. Daarbij komt dat er beperkte noodzaak lijkt te bestaan voor een intensivering van de huidige rechtsbeschermingssystematiek. De huidige rechtsbeschermingsmiddelen werpen hun schaduw vooruit en uit de jurisprudentie kan niet worden gedestilleerd dat er grote ongeregelheden plaatsvinden bij de inzet van ingrijpende onderzoeksbevoegdheden. Gelet hierop kan aan de wenselijkheid van de bestuursrechtelijke rechter-commissaris worden getwijfeld.

¹³ Nieuwsbericht Openbaar Ministerie, 7 juni 2019, www.om.nl.